



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI
SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO
PRIVATO E DEL LAVORO
INDIRIZZO DIRITTO PRIVATO NELLA DIMENSIONE EUROPEA – XXV CICLO

TESI DI DOTTORATO

**L'ONERE DELLA PROVA DEL NESSO DI CAUSALITA' NELLA
RESPONSABILITA' MEDICA**

Direttore della Scuola e Supervisore:

Ch.mo Prof. Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo:

Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Dottoranda:

Silvia Facciotti

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITA' CIVILE MEDICO-SANITARIA: LO STATO DELL'ARTE

| | | |
|----|--|----|
| 1. | La natura giuridica della responsabilità della struttura sanitaria | 1 |
| 2. | <i>Segue</i> : Responsabilità contrattuale e contratto «di <i>spedalità</i> »..... | 7 |
| 3. | La responsabilità del medico. Il medico libero professionista e il cumulo <i>proprio</i> di responsabilità..... | 10 |
| 4. | <i>Segue</i> : Il medico operante in un ente ospedaliero..... | 16 |
| 5. | Un intermezzo. Le origini della teoria degli «obblighi di protezione»..... | 21 |
| 6. | ...e sua rielaborazione in Italia: l'«obbligazione senza obbligo primario di prestazione»..... | 28 |
| 7. | La responsabilità da «contatto sociale»: protezione o prestazione? | 31 |
| 8. | Natura della responsabilità medica e Riforma Balduzzi..... | 35 |

CAPITOLO II

IL NESSO DI CAUSALITA' E IL RIPARTO DELL'ONERE PROBATORIO: LE DIVERSE TEORIE A CONFRONTO

| | | |
|-----|---|----|
| 1. | Premessa | 41 |
| 2. | Obbligazione del medico quale obbligazione «di mezzi» e relativo riparto dell'onere probatorio | 42 |
| 3. | <i>Segue</i> : le critiche della dottrina..... | 47 |
| 4. | <i>Segue</i> : obbligazioni di mezzi e di risultato alla ricerca del «ruolo perduto»... .. | 52 |
| 5. | <i>Segue</i> : ... in punto di prova del nesso di causalità | 55 |
| 6. | Prova del nesso di causalità e logiche presuntive: « <i>res ipsa loquitur</i> »..... | 58 |
| 7. | Interventi di facile/difficile esecuzione ed inversione dell'onere probatorio..... | 64 |
| 8. | Il trapianto delle sezioni unite del 2001 in ambito sanitario | 71 |
| 9. | Le sezioni unite fanno il punto con Cass. n. 577/2008..... | 78 |
| 10. | <i>Segue</i> : L'applicazione del «principio di vicinanza della prova» in ambito causale | 81 |

| | |
|--|----|
| 11. Inadempimento agli obblighi informativi e nesso di causalità | 86 |
| 12. I criteri di accertamento del nesso di causalità: cenni..... | 90 |
| 13. La giurisprudenza successiva alle sezioni unite del 2008..... | 96 |

CAPITOLO III

VERSO UNA RIDISTRIBUZIONE DELL'ONERE PROBATORIO

| | |
|---|---------|
| 1. Il danno contrattuale | 101 |
| 2. Responsabilità da inadempimento e nesso di causalità: la discussa utilità della distinzione tra causalità materiale e giuridica | 110 |
| 3. L'onere probatorio relativo al nesso di causalità rilevante in sede di responsabilità contrattuale | 117 |
| 4. Applicazione dei principi generali alla responsabilità medica | 119 |
| 5. <i>Discrimen</i> ontologico tra mezzi e risultato: l'obbligazione di cura di fonte contrattuale | 123 |
| 6. <i>Segue</i> : ipotesi derogatorie..... | 127 |
| 7. L'obbligazione di cura di fonte legale: obblighi di protezione tra mezzi e risultato | 129 |
| 8. Le tecniche di alleggerimento del carico probatorio: il risarcimento della perdita di <i>chance</i> | 134 |
| 9. <i>Segue</i> : ...nei casi di <i>malpractice</i> medica..... | 141 |
| 10. L'ipotesi di una causalità proporzionale..... | 145 |
| 11. Note conclusive e prospettive <i>de iure condendo</i> | 151 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 155 |

ABSTRACT

CAPITOLO I
LA RESPONSABILITA' CIVILE MEDICO-SANITARIA: LO STATO
DELL'ARTE

SOMMARIO: 1. La natura giuridica della responsabilità della struttura sanitaria. – 2. *Segue*: Responsabilità contrattuale e contratto «di *spedalità*». – 3. La responsabilità del medico. Il medico libero professionista e il cumulo *proprio* di responsabilità. – 4. *Segue*: Il medico operante in un ente ospedaliero. – 5. Un intermezzo. Le origini della teoria degli «obblighi di protezione»... – 6. ...e sua rielaborazione in Italia: l'«obbligazione senza obbligo primario di prestazione». – 7. La responsabilità da «contatto sociale»: protezione o prestazione? - 8. Natura della responsabilità medica e Riforma Balduzzi.

1. Natura giuridica della responsabilità della struttura sanitaria

Tutte le problematiche connesse alla responsabilità civile del medico, compresa quella oggetto di studio, passano inevitabilmente attraverso la soluzione di una comune questione pregiudiziale: la corretta individuazione della natura giuridica della responsabilità medica.

Il tema è stato oggetto di una lunga e complessa evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, della quale, al fine di comprenderne appieno gli approdi, sembra opportuno ripercorrere i passaggi principali.

Innanzitutto è bene precisare che il rapporto tra medico e paziente può assumere, alternativamente, due strutture giuridiche differenti¹. Il medico può invero intervenire sulla persona del paziente in adempimento di un'obbligazione assunta direttamente nei confronti di quest'ultimo mediante la conclusione di un contratto², oppure in qualità di dipendente della struttura sanitaria alla quale il paziente si è rivolto al fine di ottenere la prestazione medica.

¹ A tali strutture sono infatti riconducibili le plurime fattispecie riscontrabili nella casistica, che vede l'attività sanitaria esercitabile dal medico dipendente da una ente ospedaliero pubblico o privato, dal medico "convenzionato" o da quello libero professionista.

² Per la qualificazione giuridica di tale contratto, v. *infra*, par. 3.

Una trattazione esaustiva dell'argomento impone perciò di analizzare, per il caso di danno riportato dal paziente in occasione della prestazione sanitaria, come si atteggiavano entrambi i centri di imputazione astratta di responsabilità: il medico, prestatore in concreto dell'attività, e la struttura sanitaria, ove coinvolta. Si inizierà quindi con la trattazione della natura giuridica della responsabilità della struttura sanitaria, lasciando ai paragrafi successivi la ben più complessa *querelle* sulla responsabilità del medico.

Sebbene oggi la natura contrattuale della responsabilità dell'ente ospedaliero (o del personale ausiliario) in caso di prestazioni mediche erroneamente eseguite rappresenti ormai un dato acquisito, in passato, soprattutto prima dell'emanazione della l. 23.12.1978, n. 833 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*), le posizioni non erano altrettanto univoche.

Con specifico riferimento alla responsabilità delle strutture pubbliche³, la giurisprudenza maggioritaria⁴, avvallata da parte della dottrina⁵, ne ha invero sostenuto la natura extracontrattuale, combinando l'applicazione dell'art. 28 Cost. (che estende agli enti pubblici la responsabilità civile dei dipendenti) con le norme in tema di illecito aquiliano. Le ragioni addotte a sostegno della tesi delittuale trovavano fondamento nella natura pubblica delle strutture, ed in particolare nell'allora assunta incompatibilità ontologica tra i concetti di contratto e di servizio pubblico⁶. Tale visione trovava peraltro un importante riscontro normativo, seppur in "negativo", nell'assoluta irrilevanza, per il

³ Nessuno ha invece mai dubitato che le strutture private rispondessero dei danni cagionati dal personale medico dipendente in via contrattuale, e ciò in virtù della capacità negoziale genericamente loro riconosciuta, e soprattutto del carattere privato dei servizi erogati: cfr. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, 1983, 265 e CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, 1958, 345 s.

⁴ Cfr. CASS., 5.1.1979, n. 31, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 954; CASS., 6.3.1971, n. 606, *ivi*, 1971, I, 1, 1564; CASS., sez. un., 6.5.1971, n. 1282, in *Foro it.*, 1971, I, 1476; CASS., 27.5.1964, n. 1316, in *Riv. dir. lav.*, 1964, II, 451; APP. NAPOLI, 27.7.1955, in *Rep. Giur. it.*, 1956, voce «Responsabilità civile», n. 440; TRIB. PADOVA, 9.7.1963, in VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Cedam, 1967, 134 ss.

⁵ CATTANEO, *op. cit.*, 347.

⁶ Cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Giuffrè, 1955, 145, nonché CATTANEO, *op. cit.*, 347, per il quale «il rapporto con la persona ricoverata non deriva mai da contratto, neanche se si tratta di ricovero a pagamento, ma ha invece origine da un atto amministrativo».

sistema *ante* l. 833/1978, della volontà del paziente nell'ambito del rapporto di cura⁷.

Ammessa la natura extracontrattuale della responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico, la giurisprudenza si divideva poi nel considerarla, nello specifico, come una forma di responsabilità diretta, *ex art.* 2043 cod. civ., o indiretta⁸, *ex art.* 2049 cod. civ., con le conseguenti e rilevanti differenze in punto di prova liberatoria, essendo soggettiva la prima ed oggettiva la seconda⁹.

Sebbene l'orientamento prevalente optasse per il carattere diretto, facendo applicazione del principio di immedesimazione organica¹⁰ - criterio principe di imputazione delle attività per le persone giuridiche pubbliche - l'orientamento opposto era sostenuto da una parte consistente e autorevole della dottrina¹¹, che argomentava dall'impossibilità – naturalisticamente intesa – di imputare ad una

⁷ Basti pensare che si riteneva che la disciplina previgente alla l. 833/1978, ovvero il r.d. 30.9.1938, n. 1631, non consentisse al paziente di scegliere il medico che avrebbe effettuato la prestazione: cfr. Trib. Firenze, 27.3.1974, in CERRAI-GIANFRANCESCHI, *Sulla natura della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, collana della Riv. Resp. civ. e prev., Giuffrè, 1982.

⁸ Tradizionalmente, la responsabilità è indiretta (o per fatto altrui) ogniqualvolta la legge prevede uno sdoppiamento tra l'autore materiale del fatto dannoso e il soggetto obbligato al risarcimento del danno, come negli artt. 2047-2049 e 2054, comma 3° cod. civ (l'inserimento di quest'ultima norma delle ipotesi di responsabilità oggettiva non è da tutti condivisa: v. SALVI, voce «Responsabilità extracontrattuale» (dir. vig.), in *Enc. del dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1235 s., il quale lo esclude poiché in quel caso il criterio di imputazione si fonda sul rapporto tra soggetto e l'autoveicolo e non tra soggetto e autore dell'illecito). Vale tuttavia la pena accennare all'esistenza di voci autorevoli che hanno messo in dubbio – pur se a fini prettamente linguistici (v. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, I, Giuffrè, 2010, 678, nt. 3) – la valenza normativa della distinzione tra responsabilità diretta e per fatto altrui. Secondo costoro, infatti, la responsabilità, poiché consiste nell'allocare ad un soggetto il costo di un danno, non può che essere sempre unica e diretta, diversificandosi invece solo i singoli criteri di imputazione: cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1964, 81, 156 ss; ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e gestioni*, Il Mulino, 1991, 301.

⁹ Da sottolineare è però che sebbene la responsabilità *ex art.* 2049 cod. civ., in quanto oggettiva, non consenta al committente di liberarsi provando l'insussistenza dell'elemento soggettivo, d'altro canto gli permette di andare esente da responsabilità provando l'inesistenza del rapporto di «commissione», ovvero del vincolo di subordinazione, che, sappiamo, è da interpretare in modo più rigoroso dell'affine rapporto di ausiliarità *ex art.* 1228 cod. civ., valevole in sede contrattuale: cfr. VISINTINI, voce «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Ed. Enc. it., 1991, 5.

¹⁰ Cfr., *ex multis*, CASS. 6.5.1971, n. 1282, cit. e CASS., 5.1.1979, n. 31, cit. In dottrina SANDULLI, in *Foro pad.*, 1953, IV, 95.

¹¹ CATTANEO, *op. cit.*, 349; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, 1953, 87 ss. L'eco di questa teoria si è riverberato anche in una sparuta giurisprudenza: CASS., 6.3.1971, n. 606, cit. e TRIB. PADOVA, cit.

pubblica Amministrazione l'elemento soggettivo dell'illecito, dall'inapplicabilità del principio dell'immedesimazione organica, valevole solo per l'attività giuridica e non per quella materiale (quale il fatto doloso o colposo del dipendente), nonché dall'inaccettabilità logico-giuridica, da taluni sostenuta, che da un medesimo fatto potessero derivare due responsabilità entrambe dirette (dell'ente e del medico dipendente)¹².

Si tratta tuttavia di un dibattito destinato a perdere di significato, posto che sul finire degli anni settanta, la giurisprudenza di legittimità ha finito per mutare direzione ed accogliere la tesi, in realtà già tempo prospettata in dottrina¹³, della natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria sia pubblica che privata¹⁴.

A giustificare il *revirement* della Suprema Corte fu l'introduzione della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale e, in particolare, il cambiamento di prospettiva che quest'ultima portò con sé¹⁵.

In linea con il passaggio da una concezione amministrativistica¹⁶ ad una personalistica dell'attività medica, a mutare fu proprio il rapporto ente ospedaliero-paziente: quest'ultimo non era più visto come un elemento della collettività di utenti fruitori di un servizio pubblico, ma come titolare, in quanto

¹² Così CASSETTA, *op. cit.*, 186, 240.

¹³ Cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 1961, 127; VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, cit., 133; PRINCIGALLI, *op. cit.*, 265; GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 713, il quale tuttavia ammette, applicando lo schema del concorso cd. *proprio* di responsabilità, che il paziente possa esercitare sia l'azione contrattuale che quella extracontrattuale, quest'ultima trovando giustificazione nella natura assoluta del diritto leso.

¹⁴ Tra le prime sentenze in questo senso, v. CASS., 21.12.1978, n. 6141, in *Giur. it.*, I, 1, 953; CASS., 24.3.1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, 1115; CASS., 4.6.1979, n. 3158, in *Mass. Foro it.*, 1979; CASS., 11.5.1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, 2296, con nota di PRINCIGALLI e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, 604, con nota di PUCELLA; CASS., 8.5.2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 2001, 1045.

¹⁵ In realtà l'avvento della l. 833/1978 non fornì che un ulteriore argomento alla dottrina maggioritaria, che già precedentemente aveva messo in luce come il concetto di servizio pubblico non fosse per nulla incompatibile con quello di contratto, come dimostrato, in materia di servizi pubblici erogati in regime di monopolio, dalla «ben nota figura dell'obbligo a contrarre, che trasforma il diritto al servizio in diritto al contratto avente ad oggetto il servizio»: così GALGANO, *op. cit.*, 712. In giurisprudenza cfr. CASS., 4.6.1979, n. 3158, cit.

¹⁶ Per tale concezione, la prestazione medica da parte di un ente pubblico, in quanto servizio pubblico rivolto alla collettività, è un vero e proprio esercizio del potere amministrativo, idoneo perciò a concretizzarsi in un atto amministrativo.

singolo individuo, del diritto alla salute proclamato dall'art. 32 Cost., idoneo a giustificare il carattere «prestazionale», tecnicamente inteso, dell'attività sanitaria e perciò direttamente azionabile nei confronti dell'ente. Ciò avvenne mediante la progressiva assunzione di rilevanza da parte della volontà del paziente, il cui consenso divenne requisito fondamentale per l'esercizio dell'attività sanitaria¹⁷, nonché fonte della rispettiva obbligazione in capo al medico¹⁸.

Si fissava in tal modo un punto fermo, mai più rimesso in discussione, per il quale, all'atto dell'accettazione dell'assistito in ospedale per il ricovero o per il trattamento sanitario, tra il primo ed il secondo è siglato un vero e proprio *contratto*, avente ad oggetto la prestazione di cura latamente intesa.

Di conseguenza, del danno cagionato al paziente dal fatto doloso o colposo del medico dipendente della struttura sanitaria, risponderà quest'ultima non più in virtù dell'art. 28 Cost., bensì applicando direttamente l'art. 1218 cod. civ. (*Responsabilità per fatto degli ausiliari*).

Peraltro il ricorso all'art. 1228 cod. civ. aggrava la posizione dell'ente rispetto agli schemi precedentemente applicati (art. 28 Cost. in combinato disposto, alternativamente, con gli artt. 2043 o 2049 cod. civ.), in quanto, come confermato da consolidata giurisprudenza¹⁹, la nozione di «ausiliario» è molto più ampia rispetto a quella di «organo» o di «commesso». La prima è invero idonea ad indicare genericamente tutti i terzi della cui opera il creditore, per propria iniziativa, si avvale nell'adempimento, compresi i collaboratori esterni e

¹⁷ Il consenso del paziente era invero richiesto per ogni tipo di accertamento o trattamento sanitario (art. 33, comma 1°, l. 833/1978); senza contare che veniva espressamente fatta salva la facoltà di scelta dell'assistito in ordine al luogo di cura (art. 19, comma 2°), o di ricovero (art. 25, comma 9°), al medico (cd. «di fiducia»: artt. 19, comma 2° e 25, comma 4°), nonché alle modalità di esecuzione della prestazione sanitaria.

¹⁸ Eloquente è CASS., 11.5.1988, n. 2144, cit., pronuncia fondamentale per il tema affrontato, nella quale di legge che «Non esiste, in tal caso [ovvero nel caso di esercizio del servizio pubblico sanitario], una posizione di potere dello Stato o dell'ente pubblico che gestisce il servizio; a differenza dell'attività amministrativa svolta per la realizzazione di interessi generali. Il privato, fattane richiesta, ha un diritto soggettivo alla prestazione del servizio pubblico in suo favore, e al diritto soggettivo del privato corrisponde, ed è correlato, il dovere di prestazione dello Stato o del diverso ente pubblico in favore del privato richiedente»

¹⁹ Cfr., *ex multis*, CASS., 21.6.1960, n. 1639, in *Rep. Giur. It.*, 1960, voce «Agenzia», n. 43; CASS., 24.1.1973, n. 231, in *Mass. Giur. It.*, 1973; CASS., 11.2.1994, n. 1381, *ivi*, 1994;

autonomi, indipendentemente dalla presenza o meno di un vincolo di subordinazione formale e continuativo tra questi e il debitore, e con l'unico limite della mancanza di un vincolo contrattuale che li leghi al creditore²⁰.

Quanto poi al rapporto tra medici e case di cura, la Suprema Corte ha più volte avuto modo di affermare che sussiste il vincolo di ausiliarità rilevante *ex art. 1228 cod. civ.* anche nell'ipotesi in cui sia stato il paziente a scegliere personalmente il medico e a farsi ricoverare nella struttura ospedaliera indicata da quest'ultimo²¹.

Senza voler approfondire eccessivamente la questione, sia qui consentito osservare che la responsabilità per il fatto dell'ausiliario è una forma di responsabilità *diretta*: il debitore non risponde, come invece accade *ex art. 2049 cod. civ.*, di un illecito altrui, ma esclusivamente in ragione del proprio inadempimento, assumendo l'attività dell'ausiliario, *a latere debitoris*, il valore giuridico di un mero «mezzo di esecuzione» della prestazione²².

²⁰ Per una panoramica completa del tema, v. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Trattato Rescigno*, 9, Utet, 1999, 281 ss.

²¹ Cfr., *ex multis*, CASS., 8.1.1999, n. 103, in *Danno e resp.*, 1999, 789, con nota di DE MATTEIS; CASS., 14.7.2004, n. 13066, *ivi*, 2005, 537 e CASS., 2.1.2006, n. 1698, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 360. Tra le righe delle motivazioni di tali pronunce è possibile leggere il richiamo ad una sorta di «principio di *unitarietà*» della prestazione sanitaria, in virtù del quale il privato che si rivolge ad una struttura ospedaliera si aspetta di ricevere – qualunque sia il rapporto tra quest'ultima e il medico ivi operante – un trattamento *unico*, e non già una pluralità di prestazioni artificiosamente disgiunte le une dalle altre. Peraltro il collegamento, oltre che *a latere creditoris*, è rinvenuto dalla giurisprudenza di legittimità anche *a latere debitoris* in virtù di ragioni economiche, ancor prima che giuridiche, posto che indiscussi sono i benefici economici ricavati dalla casa di cura mediante l'attività sanitaria ivi prestata da un medico pur estraneo alla propria organizzazione.

A questo proposito, è opportuno osservare che tale fattispecie – prestazione eseguita dal medico «di fiducia», scelto personalmente dal paziente – pur astrattamente rientrando nell'ambito di applicazione dell'art. 1228 cod. civ., come giustamente chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, sembra doverne rimanere esclusa laddove tra paziente e medico sia intercorso un vero e proprio contratto. In questo caso, invero, il rapporto contrattuale che lega il medico al paziente-creditore impedirebbe al primo di assumere la qualifica di «ausiliario» di un altro debitore della medesima prestazione, rispetto al quale assumerebbe invece quella di coobbligato.

²² Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro. it., 1979, *sub art. 1228*, 451 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Giuffrè, 1979, 164; GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., 722; CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero della responsabilità*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2003, *sub art. 1228*, 37 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, 2005, 286 s..

La precisazione non è priva di importanza, poiché consente di affermare che, a dispetto del tenore letterale dell'art. 1228 cod. civ.²³, la colpevolezza dell'ausiliario è ininfluenza nel giudizio di responsabilità del debitore. Di conseguenza non sarà necessario, per il paziente, provare la colpa del medico per fondare la responsabilità dell'ente.

2. Segue: responsabilità contrattuale e contratto «di ospedalità»

Così risolto il problema della natura giuridica della responsabilità della struttura sanitaria, rimaneva tuttavia da fornire risposta al quesito succedaneo: a quale schema contrattuale ricondurre il contratto concluso tra ente ospedaliero e paziente.

In un primo momento, la giurisprudenza invocò il paradigma del contratto d'opera professionale, regolato dagli artt. 2230 e ss. cod. civ.²⁴, facendo a tal fine applicazione del criterio analogico in relazione all'attività prestata dal medico libero professionista²⁵.

La soluzione fu tuttavia sin da subito oggetto di critiche serrate da parte della dottrina, la quale non tardò a porre in evidenza come l'obbligazione assunta dalla struttura ospedaliera nei confronti del paziente non si esaurisca in quella facente capo ai medici ospedalieri – ammesso peraltro che questa possa «estendersi» all'ente²⁶ – ma abbracci tutta una serie di prestazioni riferibili

²³ La norma infatti, parlando di fatti «*dolosi o colposi*» dell'ausiliario, si presta ad interpretazioni equivoche. Tuttavia, come osservato da VISINTINI, *Trattato breve*, cit., 287, il richiamo operato dall'art. 1228 cod. civ. ai criteri di imputazione soggettiva dell'ausiliario troverebbe giustificazione nell'intento del legislatore di confermare l'operatività della norma anche per il caso di *dolo* dell'ausiliario, dirimendo trascorsi dibattiti dottrinali sul punto.

²⁴ Cfr. CASS., 21.12.1978, n. 6141, cit; CASS., 4.6.1979, n. 3158, cit.; CASS., 11.5.1988, n. 2144, cit.

²⁵ La giurisprudenza ha parlato proprio di «similarità» tra «l'attività svolta dall'ente pubblico gestore del servizio a mezzo dei suoi dipendenti» e quella svolta «dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale»: così, CASS., 11.5.1988, n. 2144, cit. Ma cfr. anche CASS., 11.4.1995, n. 4152, *Rep. Foro it.*, 1996, voce «Professioni intellettuali», n. 171.

²⁶ Richiamandosi al principio di *personalità* della professione intellettuale, desunto ex art. 2229 cod. civ., non sembrava affatto semplice giustificare, sul piano giuridico, l'assunzione della

direttamente allo stesso: tra queste, alcune in rapporto di accessorietà con il trattamento sanitario *stricto sensu* inteso, quali la predisposizione e la manutenzione degli impianti e degli strumenti sanitari, altre tendenzialmente autonome, quali il vitto e l'alloggio²⁷. A riprova di quanto sostenuto in dottrina, peraltro, alcune pronunce giurisprudenziali presero ad affermare la responsabilità degli enti ospedalieri per danni imputabili non solo agli illeciti del personale sanitario, ma anche a carenze organizzative o al malfunzionamento di macchinari²⁸. Il richiamo alla disciplina prevista in tema di prestazione d'opera intellettuale, poi, dava luogo ad un ulteriore risvolto problematico: la conseguente applicazione, all'ente, della norma prevista dall'art. 2236 cod. civ. E alcune pronunce giurisprudenziali non tardarono ad eccepire l'incompatibilità ontologica tra un ente di gestione e la marcata individualità richiamata dall'art. 2236, laddove la norma richiamata, aderendo all'orientamento consolidato sul punto²⁹, non attenga tanto al profilo della diligenza quanto a quello della perizia³⁰.

Le censure trovarono presto seguito nella giurisprudenza, la quale abbandonò la tesi del contratto d'opera professionale, riconoscendo tra ente ospedaliero e paziente l'esistenza di un contratto *atipico*, comunemente detto «*di spedità*»³¹, in virtù del quale il primo è debitore di un servizio *composito*, comprensivo cioè delle prestazioni di cura, assistenza e sorveglianza, di quelle

prestazione d'opera professionale da parte di un ente. Cfr., in questo senso, CASS., 4.7.1974, n. 1936, in *Foro it.*, 1974, I, 3050.

²⁷ Cfr. VISENTINI, *Trattato breve*, cit., 280 s.; PRINCIGALLI, *op. cit.*, 266; ID., *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*, in *Foro it.*, 1988, I, 2298 ss.; GALGANO, *op. cit.*, 714; PUCCELLA, *Nota a Cass. 1.3.1988, n. 2144*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604 ss.

²⁸ Cfr. CASS., 4.8.1987, n. 6707, in *Foro it.*, I, 549.

²⁹ Cfr. CORTE COST., 28.11.1978, n. 166, in *Giur. cost.*, 1973, II, 1795, e a seguire, *ex multis*, CASS., 15.6.1999, n. 5946, in *Riv. notariato*, 2000, 136; CASS., 13.1.2005, n. 583, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2186.

³⁰ Cfr. TRIB. VERONA, 25.9.1978, in *Giur. merito*, 1979, 380.

³¹ Il contratto di spedità fa per la prima volta ingresso nel panorama giurisprudenziale ad opera di TRIB. VERONA, 4.10.1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 696, con nota di PINTO BOREA: tale pronuncia, tuttavia, come correttamente osservato da DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, 1995, 296 s., non trae le dovute conseguenze da tale inquadramento giuridico in quanto vi applica, sempre per analogia con la prestazione «principale», la disciplina del contratto d'opera professionale.

organizzative relative alla predisposizione e alla manutenzione degli strumenti sanitari, nonché quelle, più propriamente alberghiere, di vitto e di alloggio³².

Fondamentale a tal proposito è la pronuncia a sezioni unite n. 9556 del 2002, la quale ha definito a chiare lettere il contenuto di detto contratto «*di spedalità*», deducendo che «è perciò configurabile una responsabilità *diretta e autonoma* della casa di cura ove il danno subito dal paziente risulti causalmente riconducibile ad una inadempienza delle obbligazioni ad essa facenti carico»³³, e ciò prescindendo dalla responsabilità o meno del medico operante³⁴.

Quanto poi alla disciplina concretamente applicabile a tale contratto atipico a prestazioni corrispettive, la giurisprudenza privilegia oggi il richiamo esclusivo alla disciplina generale delle obbligazioni e del contratto, escludendo invece qualsiasi richiamo – stante la riconosciuta incompatibilità per i motivi di cui *supra* – al contratto d'opera professionale³⁵.

³² Cfr. CASS., sez. un., 1.7.2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, 3060 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 698, fautrice di un orientamento destinato a consolidarsi nella giurisprudenza di legittimità: cfr. *ex multis*, CASS., 14.7.2004, n. 13066, cit.; CASS., 13.1.2005, n. 571, in *Danno e resp.*, 2005, 563; CASS., 2.1.2006, n. 1698, cit.; CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, con nota di DE MATTEIS; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 849, con nota di GORGONI. Sul contenuto degli obblighi che il contratto di *spedalità* – o contratto di assistenza sanitaria – pone in capo alla struttura, cfr. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Giappichelli, 2008, 169 ss.

³³ CASS., sez. un., 1.7.2002, n. 9556, cit.

³⁴ Illuminante sul punto è un passaggio motivazionale di CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit, laddove si dice che: «Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (...). Per diverso tempo tale legame contrattuale è stato interpretato e disciplinato sulla base dell'applicazione analogica al rapporto paziente-struttura delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, con il conseguente e riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico. Da ciò derivava che il presupposto per l'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura fosse l'accertamento di un comportamento colposo del medico operante presso la stessa. Più recentemente, invece, dalla giurisprudenza il suddetto rapporto è stato riconsiderato in termini autonomi dal rapporto paziente-medico, e riqualificato come un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (da taluni definito contratto di spedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria) al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 cod. civ. Da ciò consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente».

³⁵ Cfr. CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit.

3. Natura giuridica della responsabilità del medico. Il medico libero professionista e il cumulo proprio di responsabilità

Solo per ragioni di chiarezza espositiva si seguirà lo schema argomentativo che passa per l'individuazione della corretta qualificazione giuridica di una fattispecie per arrivare, applicando il ragionamento deduttivo, ad inferirne ed applicarvi la relativa disciplina.

Non vi è invero materia nella quale tale *modus opinandi* sia sovvertito più che nell'ambito della responsabilità del medico, laddove la propensione delle corti per una forma di responsabilità piuttosto che per l'altra – al di là di dissertazioni teoriche pur sovente addotte – si è spesso rivelata il mero portato della selezione, a monte, della disciplina in concreto ritenuta di volta in volta più equa, attraverso una vera e propria inversione del rapporto causa-effetto. Natura giuridica e disciplina codicistica fuggono qui dal sillogismo che tradizionalmente connota queste categorie e finiscono per giustificarsi a vicenda, in un rapporto in cui non è più possibile rinvenire quale delle due sia causa dell'altra.

A sostegno dell'osservazione appena riportata è sufficiente seguire l'evoluzione generale della responsabilità medica in riferimento alle due principali fasi storiche che ha conosciuto. In principio, prevalendo la concezione paternalistica del rapporto medico-paziente, la responsabilità del medico (escluso ovviamente il caso del medico libero professionista) veniva pacificamente inquadrata in ambito aquiliano; successivamente, riportato il rapporto tra i due soggetti su di un piano paritario, ed assecondati gli auspici – non celati – di un vero e proprio trattamento di *favor* per il paziente, la responsabilità è andata assumendo natura contrattuale³⁶. Fin troppo esplicito

³⁶ Per una sintetica, ma al contempo esaustiva ricostruzione dell'evoluzione storica della responsabilità medica, ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Cedam, 2010, 2505 ss. e DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, cit., 8.

l'esempio, se si pensa che il regime contrattuale risulta, per il paziente, molto più vantaggioso di quello aquiliano.

Con questa necessaria premessa potrà, si spera, perdonarsi l'intento di tracciare *in primis* le linee fondamentali dell'evoluzione giuridica del tema della natura della responsabilità medica, per lasciare invece ad un secondo momento l'analisi della disciplina in concreto applicabile.

Quando si parla di sviluppi dottrinali e giurisprudenziali in merito alla natura giuridica della responsabilità medica, non si fa riferimento alla figura del medico libero professionista, ma sempre a quella del medico dipendente dall'ente ospedaliero – pubblico o privato che sia – che presta la propria attività sanitaria in esecuzione del rapporto di lavoro che lo lega a quest'ultimo.

Ciò in ragione del fatto che mai si è dubitato della natura *contrattuale* del rapporto che lega il medico libero professionista al paziente; la scelta del sanitario cui rivolgersi operata dal paziente, nonché l'accordo inerente al trattamento da prestarsi evidenziano infatti l'indiscutibile esistenza, tra i due, di un tipico contratto d'opera professionale³⁷.

Se univoca è in questo caso la qualificazione giuridica del rapporto, non lo sono altrettanto i rimedi risarcitori riconosciuti al paziente-creditore danneggiato. La giurisprudenza maggioritaria, invero, facendo applicazione del cd. concorso «*proprio*» di responsabilità³⁸, ha accordato al paziente danneggiato

³⁷ L'assunto è da sempre stato condiviso dalla dottrina (cfr., già in tempi remoti, CATTANEO, op. cit., spec. 295 e PRINCIGALLI, op. cit., 7) e dalla giurisprudenza (cfr., tra le più antiche, CASS., 22.2.1958, n. 595, in *Mass. Giur. it.*, 1958).

³⁸ Per concorso «*proprio*» di responsabilità si intende la possibilità per il danneggiato di scegliere quale tutela risarcitoria – contrattuale o aquiliana – invocare, a seconda evidentemente di quella che si profili più favorevolmente applicabile al caso concreto. I presupposti per l'applicazione del cumulo sono due: uno di carattere *soggettivo*, in virtù del quale vi dev'essere coincidenza di soggetti tra debitore e creditore e, rispettivamente, danneggiante e danneggiato e l'altro *oggettivo*, in virtù del quale lo stesso fatto del debitore deve costituire al tempo stesso inadempimento e lesione del *neminem laedere*. A lungo si è dibattuto in dottrina e in giurisprudenza se il fenomeno dia luogo, nello specifico, ad un concorso di norme – con la conseguenza che l'attore non sarebbe tenuto, nell'atto introduttivo, a specificare la norma giuridica di cui chiede l'attuazione, costituendo questa una mera qualificazione della *causa petendi* identificata già con lo stesso fatto dannoso – o ad un concorso di azioni – che individuando invece nella causa petendi il diverso diritto fatto valere, obbliga l'attore a specificare la tutela invocata, peraltro non modificabile in corso di causa. Questa seconda impostazione è quella accolta dalla giurisprudenza maggioritaria:

la possibilità di esperire entrambe le forme di tutela, contrattuale ed aquiliana³⁹. Il fondamento del concorso risiede nel fatto che con la lesione dell'integrità fisica del paziente, il medico non viola solo un obbligo contrattuale, ma, essendo la salute bene protetto dalla legge indipendentemente dall'esistenza di un rapporto obbligatorio, egli infrange anche l'obbligo generico del *neminem laedere*⁴⁰.

Viene data dunque al paziente-creditore la possibilità di scelta. Egli potrà agire azionando alternativamente⁴¹ o il rimedio contrattuale, posto che il diritto alla salute è l'interesse dedotto nel contratto di cura, o quello aquiliano, in quanto la situazione giuridica soggettiva lesa è idonea ad integrare l'ingiustizia del danno rilevante *ex art. 2043 cod. civ.*

cfr., *ex multis*, CASS., 22.9.1983, n. 5638, in *Mass. Foro it.*, 1983; CASS., 3.12.1991, n. 12921, in *Mass. Giur. it.*, 1991; CASS., 2.8.2000, n. 10129, *ivi*, 2000.

Esso si distingue nettamente dal concorso «*improprio*» di responsabilità, chiamato invero in modo atecnico «concorso» in quanto, presupponendo esso due distinti – sebbene contigui – eventi lesivi, le due azioni (contrattuale ed aquiliana) si sommano legittimamente. E' generalmente riscontrabile allorchè il medesimo fatto produca due danni, uno rilevante *ex art. 1218* e l'altro *ex art. 2043*, a due soggetti diversi, oppure il debitore cagioni entrambi i danni al creditore, ma indipendenti l'uno dall'altro, o infine allorchè la lesione del medesimo interesse sia prodotta dalla cooperazione di due soggetti, dei quali tuttavia solo uno è legato contrattualmente al danneggiato (per questa tripartizione della casistica v. ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, spec. 318).

Sul concorso di responsabilità v. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI, Giuffrè, 1984, 155 ss.; *ivi*, 165 ss.; MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Utet, 2001, 19 ss.; GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Giuffrè, 161 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Giuffrè, 1994, 551 ss.; VISINTINI, voce «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», cit., 5 s.; ROSSELLO, op. cit., 317 ss.; FREANDA, *Il problema del «concorso» di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 205 ss.; e da ultimo ID., *Il concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana*, Cedam, 2012.

Non sono mancate posizioni contrarie all'ammissibilità del concorso di responsabilità: cfr., in dottrina, BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1991, 672; in giurisprudenza, CASS., 7.10.1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, 3520 ss.

³⁹ Cfr., *ex multis*, CASS., 15.6.1954, n. 2016, in *Foro pad.*, 1955, I, 152; TRIB. LIVORNO, 29.5.1962, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 462; CASS., 7.8.1982, n. 4437, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 78; APP. ROMA, 6.9.1983, in *Foro it.*, 1983, I, 2838; CASS., 23.6.1994, n. 6064, *ivi*, 1995, I, 201.

⁴⁰ Cfr. TRIB. LIVORNO, 29.5.1962, cit. Si tratta della parafrasi una massima frequentemente ripresa dalla giurisprudenza.

⁴¹ Le due forme di tutela sono tra loro in rapporto di alternatività, poiché non sono mai state ammesse duplicazioni risarcitorie. Tuttavia è consentito al creditore danneggiato di cumulare i vantaggi delle due azioni, intentando l'una successivamente all'altra nel tentativo di ottenere, con la seconda, quanto non ottenuto con la prima (in questo si parla, appunto, di «*cumulo*» di azioni): cfr. FREANDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana*, cit., 20 ss.

Il concorso tra le due categorie di responsabilità è un fenomeno conosciuto e tendenzialmente ammesso nel nostro ordinamento, anche al di fuori dell'ambito della responsabilità medica⁴². Dalla lettura delle motivazioni della giurisprudenza favorevole al concorso, è percepibile l'intento di soddisfare un'esigenza di *equità* e di non discriminazione, nell'ottica della massima tutela per il danneggiato: determinerebbe invero una disparità di trattamento precludere ad un soggetto la tutela aquiliana, pur sussistendone i presupposti, solo perché il pregiudizio configura contemporaneamente un illecito contrattuale. L'impostazione disvela sicuramente l'originaria tendenza della giurisprudenza - «al di là delle apodittiche affermazioni della dottrina sulla contrapposizione tra una tutela “forte” offerta dalle regole di responsabilità debitoria e una tutela “debole” consentita dalle regole di responsabilità aquiliana»⁴³ - ad individuare nella tutela extracontrattuale una sorta di paracadute per il danneggiato. Non è peraltro affatto privo di fondamento il timore nell'insufficienza della tutela contrattuale dei diritti della persona, se solo si pensa che già solo prima delle famose sentenze di San Martino delle sezioni unite della Corte di Cassazione⁴⁴, la risarcibilità del danno non patrimoniale *ex* 1218 cod. civ. era tutt'altro che pacifica.

La generale ammissione del cumulo inoltre, come ha avuto modo di osservare la migliore dottrina, non è altro che il portato dell'essere il diritto civile italiano strutturato quale «sistema della fattispecie»⁴⁵: è appunto il fatto, *rectius* la fattispecie, che, integrando i presupposti normativamente previsti, produce gli effetti giuridicamente rilevanti riassunti nel rapporto giuridico, secondo una relazione che è automatica, biunivoca, e soprattutto autonoma. Riportato l'assunto al caso del concorso di responsabilità, avremo che «due

⁴² Altre aree nelle quali si è sovente fatto ricorso al concorso di responsabilità sono soprattutto quelle del contratto di trasporto, per il caso di danni subiti dalla persona trasportata e dal suo bagaglio, dell'inadempimento doloso o quello che costituisce al contempo illecito penale, nonché del danno cagionato all'acquirente dai vizi della cosa comprata: cfr. ROSSELLO, *op. cit.*, 324 ss.

⁴³ GIARDINA, *op. cit.*, 164 s. Della stessa opinione è BRECCIA, *op. cit.*, 671 ss.

⁴⁴ CASS., sez. un., 11.11.2008, n. 26972-26975, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 97, con nota di BUSNELLI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 102, con note di BARGELLI e DI MARZIO e in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 38, con nota di MONATERI.

⁴⁵ SACCO, *op. cit.*, 161 s.

fattispecie di responsabilità debbono far nascere due distinti rapporti di responsabilità. Se si è verificata la fattispecie dell'art. 2043, ed inoltre quella dell'art. 1218, poiché due è uguale a due, poiché ad ogni azione deve corrispondere una reazione uguale e contraria, ecco che devono nascere due rapporti»⁴⁶.

Ciononostante il cumulo di responsabilità è da sempre oggetto di numerose critiche da parte della dottrina italiana, raggruppabili in due grandi filoni argomentativi. Da un lato si è fatto valere il presunto carattere di *specialità* rivestito dalla tutela contrattuale rispetto a quella aquiliana, in virtù del quale la prima, tutelando in modo specifico l'interesse dedotto in contratto, dovrebbe prevalere sulla seconda, che protegge la medesima situazione giuridica soggettiva, ma in modo più generale⁴⁷. La stessa necessaria prevalenza viene giustificata diversamente da altra dottrina, e specificatamente nella volontà delle parti quale fonte aggiuntiva ma preminente rispetto a quella, per così dire di *default*, legale⁴⁸.

L'altro ordine di considerazioni attiene invece all'assunta incompatibilità tra i due regimi di responsabilità. Essi, invero, oltre a divergere notevolmente (con annesso rischio di incoerenza del sistema), includono previsioni che trovano la loro giustificazione proprio nelle caratteristiche proprie di quel determinato tipo di responsabilità⁴⁹. E' il caso dell'art. 1225 cod. civ., che limitando il risarcimento da fatto non doloso ai soli danni prevedibili, trova la propria spiegazione solo nella responsabilità contrattuale, laddove si consente al

⁴⁶ SACCO, *op. loc. ultt. citt.* Ciò premesso, prosegue l'a., è agevole comprendere le ragioni per le quali in Francia, sistema opposto al nostro, basato sull'«unicità della soluzione» vige invece il principio del *non-cumul*. Nel diritto civile francese, infatti, il rapporto giuridico è ciò che regola una determinata fattispecie *nel miglior modo possibile* e di conseguenza è inconcepibile la compresenza di due relazioni giuridiche differenti vertenti sullo stesso bene tra due soggetti giuridici.

⁴⁷ Cfr. TOSCANO, *Responsabilità civile. Rassegna di giurisprudenza*, in *Resp. dir. civ.*, 1956, 257 ss.; ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 2 ss.; MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 122 s.; CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 124.

⁴⁸ Cfr. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffrè, 1948, 448 s.

⁴⁹ Cfr. TOSCANO, *op. cit.*, 254; RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 990.

debitore, al momento dell'assunzione dell'obbligazione, di poter preventivare l'incidenza del suo eventuale inadempimento sulla sfera giuridica del creditore⁵⁰.

E' stata infine posta in evidenza l'incoerenza sistematica che l'adesione al concorso di responsabilità importa. La massima sovente riportata dalla giurisprudenza che ammette il concorso quando un inadempimento risulti lesivo «anche dei *diritti assoluti* [corsivo aggiunto] che alla persona offesa spettano di non subire pregiudizi all'onore, alla propria incolumità personale ed alla proprietà di cui è titolare»⁵¹ è invero rimasta tale a dispetto dell'evoluzione dell'art. 2043 cod. civ.⁵², la cui tutela abbraccia oggi anche situazioni giuridiche soggettive diverse dai diritti assoluti⁵³. Tuttavia la medesima dottrina, oltre a giustificare questo «scollamento» giurisprudenziale sulla base della considerazione che la sua ricomposizione comporterebbe inevitabilmente la negazione del concorso⁵⁴, non ha tardato ad osservare come il problema si ponga solo in astratto, posto che in concreto da un lato la lesione aquiliana del credito può prevenire solo da terzi⁵⁵, e dall'altro l'ipotesi della tutela dell'interesse legittimo esclude a priori quella del diritto di credito (come nel caso del rapporto tra privato e pubblica Amministrazione)⁵⁶.

Le critiche non hanno tuttavia trovato eco in giurisprudenza, laddove la massima che ammette il concorso si è riprodotta, immutata, fino a tempi recenti⁵⁷.

⁵⁰ Per questa spiegazione della *ratio* dell'art. 1225 cod. civ., v. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., 373. Si tratta peraltro dia teoria fatta propria dalla giurisprudenza: cfr., *ex multis*, CASS., 21.5.1993, n. 5778, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 755.

⁵¹ Cfr. CASS., 22.9.1983, n. 5638, cit. Ma nello stesso senso cfr., *ex multis*, CASS., 17.7.1995, n. 7768, in *Giur. it.*, 1996, I, 1110; in *Mass. Gius. civ.*, 2008.

⁵² La genesi dell'evoluzione è da ricondurre a CASS., sez. un., 26.1.1971, n. 174 in *Foro it.*, 1971, I, 342 ed a CASS., sez. un., 22.7.1999, n. 500, *ivi*, 1999, I, 2, 2487, le quali, attraverso una diversa interpretazione del requisito dell'*ingiustizia* richiesto ex art. 2043 cod. civ., hanno allargato la tutela aquiliana rispettivamente ai diritti di credito e agli interessi legittimi.

⁵³ Cfr. SACCO, op. cit., 158 ss.

⁵⁴ Cfr. SACCO, op. cit., 161, laddove l'a. riconosce che l'unica alternativa possibile, pena l'inammissibilità del concorso, è fingere di «non vedere», andando avanti «con il tram tram attuale», e ROSSELLO, op. cit., 322.

⁵⁵ Cfr. MAIELLO, *Altri aspetti problematici della regola del cumulo*, cit., 165 s.

⁵⁶ Cfr. FREDA, *Il concorso di responsabilità*, cit., 7 s.

⁵⁷ Cfr., da ultimo, CASS., 8.5.2008, n. 11410, cit. In giurisprudenza si sono registrate sporadiche posizioni contrarie al concorso, proprio in tema di responsabilità medica, in base all'assunto

Un'osservazione è tuttavia doverosa. Pur non avendo formalmente mai disconosciuto il cumulo di responsabilità, le corti di merito e di legittimità lo hanno applicato sempre più di rado, anche nel campo della responsabilità medica, fino quasi a farlo scomparire dallo scenario giurisprudenziale. Il fenomeno è peraltro riconducibile alla progressiva erosione da parte della responsabilità contrattuale di fattispecie prima tradizionalmente ricondotte a quella aquiliana, in uno con l'assunta consapevolezza del maggior grado complessivo di tutela offerta al danneggiato da parte del rimedio contrattuale. Tali fattori hanno invero influito negativamente non tanto sull'ammissibilità giuridica del cumulo – pur astrattamente tuttora ammessa – quanto sulla sua utilità concreta.

4. Segue: il medico operante in un ente ospedaliero

Come anticipato, è la responsabilità del medico che opera in qualità di dipendente da una casa di cura ad aver sollevato i più significativi problemi di qualificazione giuridica.

L'approdo alla ormai consolidata tesi della natura *contrattuale* costituisce invero l'esito di un articolato percorso dottrinale e giurisprudenziale durato mezzo secolo e riassumibile in tre tappe fondamentali.

In origine, dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che la responsabilità del medico dipendente avesse natura aquiliana⁵⁸. Il contratto di

secondo il quale «la responsabilità extracontrattuale ricorre solo allorchè la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale»: cfr. CASS., 1.10.1994, n. 7989, in *Giust. civ.*, 1995, I, 137, richiamata da CASS., 7.10.1998, n. 9911, cit.

⁵⁸ In dottrina cfr. CATTANEO, *op. cit.*, 313; DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, 1223 ss., spec. 1259 s.; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 265; GALGANO, *op. cit.*, 722; BONVICINI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, 1971, II, 769; VISINTINI, *Trattato breve*, cit., 278. In giurisprudenza, v. CASS., 21.12.1978, n. 6141, cit.; CASS., 5.1.1979, n. 31, cit.; CASS., 24.3.1979, n. 1716, cit.; CASS., 26.3.1990, n. 2428, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce

cura concluso, al momento dell'accettazione, solamente tra paziente ed ente ospedaliero, dava infatti origine ad un rapporto giuridico bilaterale, rispetto al quale il medico era estraneo. Quest'ultimo era sì obbligato all'esecuzione della prestazione sanitaria, ma solo ed unicamente nei confronti della struttura sanitaria, in virtù del rapporto di servizio.

Le ragioni a fondamento dell'esposta tesi assai semplici: se non c'è un contratto, la responsabilità non può che essere extracontrattuale.

Intorno alla fine degli anni settanta, tale impostazione iniziò tuttavia a scontrarsi con due ordini di censure di origine dottrinale, riconducibili entrambe a ragioni di giustizia sostanziale.

Il primo filone di critiche trae origine dall'entrata in vigore del d.p.r. 20.12.1979, n. 761 (*Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali*), il cui art. 28, rinviando al d.p.r. 10.1.1957, n. 3 (*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*), estendeva al medico dipendente da un ente ospedaliero pubblico la limitazione della responsabilità civile per i danni cagionati nell'esercizio delle proprie funzioni ai soli casi di dolo o colpa grave. Sebbene parte della dottrina cercò di giustificare l'intervento normativo ricordando che al paziente era comunque data la possibilità di essere risarcito dei danni cagionati dal medico con colpa lieve agendo direttamente verso la struttura sanitaria⁵⁹, altra e consistente parte della dottrina non mancò di evidenziare la notevole disparità di trattamento che veniva così a crearsi tra il medico libero professionista – chiamato a rispondere anche per colpa lieve, secondo le ordinarie regole in tema di inadempimento – e il medico dipendente

«Professioni intellettuali», n. 113; CASS., 6.10.1997, n. 9705, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 667; CASS., 13.3.1998, n. 2750, in *Foro it.*, 1998, 3521; TRIB. VERONA, 4.3.1991, in *Giur. merito*, 1992, 823; TRIB. VICENZA, 27.1.1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 734 ss.

⁵⁹ PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 23 ss. Si evidenziava addirittura un incremento di tutela per il paziente danneggiato: posto che il medico veniva considerato non più come un professionista, ma come un pubblico impiegato, l'ente ospedaliero non avrebbe più potuto godere dell'applicazione dell'art. 2236 cod. civ.

da un ente pubblico – per il quale valeva invece la limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave⁶⁰.

D'altro canto, cominciava a porsi in evidenza come il rapporto tra medico dipendente e paziente non coincidesse esattamente con la fattispecie disciplinata dall'art. 2043 cod. civ., nella misura in cui il primo, lungi dall'essere un *quisque de populo* rispetto al secondo, era portatore, già prima dell'insorgenza del danno, di obblighi che, in quanto *specificatamente* indirizzati alla salvaguardia della salute di un determinato paziente, difficilmente potevano essere inquadrati nel generico *neminem laedere*⁶¹.

La giurisprudenza, preso atto degli inconvenienti creatisi, cercò di porvi rimedio seguendo due linee interpretative diverse.

In particolare, quella parte di giurisprudenza ancora troppo saldamente ancorata alla natura aquiliana della responsabilità del medico pubblico dipendente, rimarcava la possibilità per il paziente danneggiato di esercitare il cumulo cd. «*improprio*» di azioni, potendo quindi evitare le strette risarcitorie imposte dal regime aquiliano agendo per l'intero danno, in via contrattuale, esclusivamente nei confronti della struttura sanitaria⁶².

Come accennato *supra*⁶³, il cumulo improprio di responsabilità offre al danneggiato il cui danno è derivato dalla cooperazione di due soggetti (dei quali solo uno è a lui legato da un contratto) la possibilità di agire esclusivamente nei confronti di uno dei due per l'intero pregiudizio, mediante l'azione corrispondente. Anche in questo caso, quindi, esattamente come accade nel cumulo *proprio*, il danneggiato ha la facoltà, mediata dalla scelta del soggetto contro il quale agire, di azionare la tutela risarcitoria che ritiene essere la più vantaggiosa secondo le circostanze del caso concreto.

⁶⁰ CLARICH, *La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche*, in *La resp. med.*, cit., 175 ss.

⁶¹ D'ORSI, *La R.C. del professionista*, Giuffrè, 1980, 179 ss.; CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Giuffrè, 1995, 191; DE MATTEIS, op. cit., 19.

⁶² Cfr., *ex plurimis*, CASS., 13.10.1972, n. 3044, in *Foro it.*, 1973, I, 1170; CASS., 24.3.1979, n. 1716, cit.; TRIB. VICENZA, 27.1.1990, cit., spec. 754.

⁶³ V. *supra*, nt. 38.

Sovente inquadrato dalla dottrina – al pari del concorso *proprio* – come istituto di matrice giurisprudenziale⁶⁴, sembra tuttavia che esso costituisca più semplicemente il portato delle regole in materia di solidarietà passiva, ed in particolare dell'art. 2055 cod. civ. Sebbene, peraltro, l'arresto giurisprudenziale definitivo in ordine alla possibilità che le responsabilità rilevanti *ex art.* 2055 cod. civ. abbiano titoli diversi risalga solo alla sentenza emessa dalla Corte di Cassazione a sezioni unite 15.7.2009, n. 16503⁶⁵, tale principio di diritto ha in realtà accolto un orientamento che da sempre è stato presente nel panorama giurisprudenziale⁶⁶.

Altra giurisprudenza, decisamente più innovativa, finì invece – dando così origine alla seconda tappa dell'evoluzione della responsabilità del medico dipendente – per equiparare quest'ultima a quella del medico libero professionista, sottoponendola così alla disciplina del contratto d'opera professionale⁶⁷.

Non si trattava peraltro di una presa di posizione sulla natura della responsabilità, bensì di una semplice equiparazione circa gli effetti della stessa, determinata da esigenze prettamente equitative. La sentenza che diede origine a tale impostazione si richiamò invero agli elementi di *similarità* esistenti tra la responsabilità dell'ente titolare del rapporto di servizio da un lato, e quella del medico dipendente dall'altro, coesistenti *ex art.* 28 Cost. ed entrambe fondate sull'«esecuzione non diligente della prestazione»⁶⁸. Ebbene, avendo la stessa pronuncia equiparato, per evidenti ragioni di analogia, l'attività della struttura sanitaria a quella del medico libero professionista, la medesima sorte non poteva

⁶⁴ Cfr. ROSSELLO, *op. cit.*, 318 ss.; CAFAGGI, voce «Responsabilità del professionista», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVII, Utet, 1998, 213 ss.

⁶⁵ CASS., sez. un., 15.7.2009, n. 16503, in *Foro it.*, 2010, 2, I, 484 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 195, con nota di PENUTI.

⁶⁶ Cfr., *ex multis.*, CASS., 19.1.1996, n. 418, in *Danno e resp.*, 1996, 611, con nota di DE SIMONE.

⁶⁷ La pronuncia inaugurale è CASS., 1.3.1988, n. 2144, *cit.*, seguita poi da CASS., 27.5.1993, n. 5939, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Professioni intellettuali», n. 114; CASS., 27.7.1998, n. 7336, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 996; CASS., 7.10.1998, n. 9911, *cit.*, spec. 3525; CASS., 2.12.1998, n. 12233, in *Mass. Giust. civ.*, 1998.

⁶⁸ Cfr. CASS., 1.3.1988, n. 2144, *cit.*

che toccare anche all'attività del medico operante alle dipendenze della struttura medesima⁶⁹, pena un palese *vulnus* ai criteri di logica ed equità.

La Suprema Corte, che trovò peraltro seguito nella giurisprudenza successiva, applicò quindi una sorta di *fictio iuris*, mediante la quale potevano invocarsi, anche per il medico operante all'interno di una struttura sanitaria, le norme in tema di inadempimento del contratto d'opera professionale.

Al citato principio di diritto reagì la giurisprudenza successiva, che non tardò ad evidenziare come il richiamo all'«esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente» quale minimo comun denominatore delle responsabilità, rispettivamente, dell'ente e del medico dipendente, non fosse affatto sufficiente a giustificare il sillogismo attuato dalla Corte⁷⁰. La natura della responsabilità dipende invero da fattori (quali, ad esempio, quello della norma violata) che sono del tutto indipendenti dalla tipologia della condotta posta in essere in concreto. Senza contare che, così argomentando, si avrebbe finito per appiattare la responsabilità dell'ente su quella del medico, che è invece diversa ed autonoma da quest'ultima.

La *querelle* arrivò a completa definizione con la famosa sentenza della Corte di Cassazione 22.1.1999, n. 589⁷¹.

Con questa pronuncia la giurisprudenza di legittimità prese posizione sulla natura della responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria e, allineandosi alla «più recente ed autorevole dottrina»⁷², la qualificò come contrattuale.

La Corte superò le critiche vertenti sull'inesistenza di un contratto tra paziente e medico mettendo in luce come l'obbligazione del medico nasca in questo caso dal «contatto sociale» instauratosi tra i due. Tale relazione,

⁶⁹ E' questo il sillogismo argomentativo individuato e criticato da DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 777 ss.

⁷⁰ Cfr. la *pars destruens* di CASS., 22.1.1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, 2, I, 3332 ss., con note di DI CIOMMO e di LANOTTE; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di CARBONE; in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di DI MAJO; in *Giust. civ.*, 1999, 999, con nota di GIACALONE e in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 3, 661, con nota di FORZIATI.

⁷¹ CASS., 22.1.1999, n. 589, cit.

⁷² Il riferimento è a CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 193 ss.

qualificata attraverso la rilevanza che «la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico» gli attribuisce, è idonea a far nascere in capo al medico obblighi di comportamento nei confronti del paziente, ovvero nei confronti di chi sulla sua professionalità «ha fatto affidamento, entrando in “contatto” con lui». E proprio perché il medico è responsabile nella misura in cui egli non ha fatto «ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*», il titolo della responsabilità non potrà che essere contrattuale.

D'altro canto - spiega la Corte - l'art. 1173 cod. civ. è chiaro nell'ammettere fonti delle obbligazioni diverse dal contratto, quali i fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, tra i quali primeggia il suddetto «contatto sociale qualificato».

Per comprendere appieno la portata rivoluzionaria di tale arresto giurisprudenziale, è tuttavia necessario fare un passo indietro, ed analizzare da vicino la teoria che ne costituisce il fondamento. Il riferimento, naturalmente, è alla teorica degli «obblighi di protezione», ed in particolare alla sua genesi nel sistema tedesco e all'elaborazione successivamente offerta dalla dottrina italiana.

5. Un intermezzo. Alle origini della teoria degli «obblighi di protezione»...

L'origine degli obblighi di protezione è da attribuire alla dottrina tedesca della prima metà del secolo scorso. Non è altrettanto semplice, tuttavia, individuarne l'effettivo «ideatore», così come non univoche appaiono le ragioni che spinsero alla “fortuna” di tale istituto. Lungi dal seguire linearmente ad un'esigenza rinvenuta nella pratica, o ad un moto di sistemazione dogmatica degno della tradizione pandettistica, la teoria delle *Schutzpflichten* appare invero il risultato della fusione di tre distinti filoni ricostruttivi, ciascuno riconducibile ad autori diversi e caratterizzato da esigenze ed intenti eterogenei.

Ciò premesso, non sembra fuori luogo parlare di vera e propria «scoperta» dell'istituto⁷³, la cui necessità ricostruttiva ha finito per imporsi più o meno consapevolmente sulla scienza giuridica conducendo gli studiosi del diritto delle obbligazioni ad un risultato funzionalmente univoco.

Oggetto dell'attenzione della dottrina fu il rapporto obbligatorio in generale, che fino agli inizi del '900 era concepito, secondo gli insegnamenti della tradizione romanistica, come la sovrastruttura giuridica idonea a vincolare il debitore all'esecuzione, nell'interesse del creditore, ad una determinata *prestazione*. Il carattere esclusivamente «prestazionale» dell'obbligazione si rifletteva poi, sul piano della responsabilità da inadempimento, nella risarcibilità della lesione dell'unico interesse del creditore rilevante in detta sede, ovvero quello alla prestazione (*Leistungs- o positive Interesse*), consistente nel danno da «aspettativa acquisitiva delusa» (*enttäuschte Veränderungserwartungen*)⁷⁴.

Il primo passo del processo destinato a rivoluzionare la struttura del rapporto obbligatorio fu quello mosso oltre un secolo e mezzo fa da Rudolf von Jhering, con la sua teorica della *culpa in contrahendo*⁷⁵.

L'autore, approfondendo le fonti del diritto romano in materia di nullità del contratto, mise in evidenza una lacuna dell'ordinamento, consistente nel vuoto di tutela per la parte contrattuale che senza colpa fosse stato inutilmente coinvolto nelle trattative di un contratto rivelatosi poi invalido o comunque non

⁷³ Di vera e propria «scoperta» (*Entdeckung*) la dottrina parlava già allora, anche se con specifico riferimento all'archetipo degli obblighi di protezione, ovvero alla *culpa in contrahendo*: DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, Tübingen, 1958, 7.

⁷⁴ Cfr. MÜLLER, *Schutzpflichten im Bürgerlichen Recht*, in *Juristische Schulung*, 1998, 895. In realtà alcuni autori hanno avuto modo di precisare come, nonostante la natura tipicamente «prestazionale» dell'*obligatio* romana, i giuristi romani avessero – pur senza ricavarne un principio generale – esteso il rimedio *ex contractu* per i danni subiti dai beni o dalla persona del creditore in occasione dell'esecuzione del contratto. Il fenomeno era riscontrabile soprattutto nei rapporti di locazione (caso dello schiavo morto nelle stive della nave durante il trasporto marittimo), o di comodato (caso del danneggiamento della *res* imputabile al comodatario), allorchè venivano allargate le maglie della responsabilità contrattuale fino a comprendervi la tutela dello *status quo*: cfr. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, 2007, 20 ss., e prima di lui CANNATA, voce «Responsabilità contrattuale nel diritto romano medievale e moderno», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XII, Utet, 1995, 423.

⁷⁵ VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, IV, 1861, tradotto in italiano da PROCCHI (a cura di), *Della «culpa in contrahendo». Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Jovene, 2005.

perfezionatosi⁷⁶. Non poteva invero invocarsi il rimedio contrattuale, difettando il requisito dell'esistenza di un contratto valido; né quello extracontrattuale, presupponendo l'*actio ex lege Aquilia* la tangibilità delle entità offese (*damnum corpore corpori datum*), assente nel patrimonio, e l'*actio doli* il contegno necessariamente doloso del contraente⁷⁷.

Cercando di offrire una soluzione generale al problema, Von Jhering riconobbe, nell'omissione della comunicazione alla controparte circa la presenza di eventuali cause di invalidità del contratto, un profilo di *colpa* contrattuale⁷⁸, idonea a fondare la relativa azione risarcitoria (*ex contractu*) indipendentemente dalla nullità del negozio. La reviviscenza dell'azione contrattuale discendeva, secondo l'illustre autore, dalla constatazione che la conclusione di un contratto non generava solo l'obbligo all'adempimento (*Hauptwirkung*), ma anche quello – eventuale – al risarcimento del danno per il caso di disfunzioni del rapporto (*Nebenwirkung*), quest'ultimo destinato a sopravvivere alla declaratoria di nullità⁷⁹.

Sebbene l'intuizione scontasse la limitazione dovuta all'inevitabile presupposto contrattuale, fondante il relativo rimedio risarcitorio, e prescindesse da un'organica elaborazione del principio di buona fede oggettiva⁸⁰, ebbe lo

⁷⁶ Gli esempi, tratti dall'esperienza comune, presi in considerazione dallo studioso, furono principalmente tre: errore di scrittura commesso in una contrattazione epistolare, comunicazione erronea della volontà negoziale da parte del *nuncius* o del telegrafista (ipotesi riassunte da PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di «culpa» in capo al «venditor»*, reperibile in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, 2010, III.

⁷⁷ Cfr. CURSI, *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Jovene, 2006, 23 ss.

⁷⁸ Von Jhering, riconoscendo nella colpa il minimo comun denominatore della responsabilità contrattuale, gettava le basi del moderno sistema delle obbligazioni tedesco, fondato appunto, sul *Verschuldenprinzip*: cfr. PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali*, cit.

⁷⁹ VON JHERING, *op. cit.*, 32, Fn. 15.

⁸⁰ La buona fede era richiamata dai testi classici nella sua valenza meramente soggettiva; così come l'*actio de dolo*, lungi dal poter assurgere a rimedio generale, presupponeva il dolo specifico dell'autore, nella sua connotazione fraudolenta: cfr. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 682 ss., in critica a CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Jovene, 2008. Tale interpretazione è palpabile nel testo di von Jhering, laddove la colpevolezza della parte contrattuale, più che nell'omissione dell'informazione conosciuta – sintomo da ricondurre, secondo l'a., al dolo – intesa come violazione della *diligentia* contrattuale (VON JHERING, *op. cit.*, 105) consiste nel mancato

straordinario merito, da un lato, di aver messo in luce l'esistenza di obblighi *altri* rispetto a quello strettamente prestazionale, cogenti anche prima della conclusione del contratto e dopo la declaratoria della sua nullità; dall'altro, di aver elevato a situazione giuridica meritevole di tutela *generale* l'affidamento incolpevolmente riposto da una parte nella validità o nella conclusione del contratto.

Quarant'anni dopo l'intuizione di Von Jhering, un altro giurista tedesco, Staub, aggiunge un ulteriore e fondamentale tassello alla ricostruzione del rapporto obbligatorio come lo conosciamo oggi.

Il ragionamento di Staub prende le mosse dall'assunta consapevolezza di una lacuna nel diritto delle obbligazioni tedesco così come risultante dal recente *Bürgerliches Gesetzbuch*. La formulazione originale del codice civile tedesco, infatti, disciplinava il regime della responsabilità del debitore esclusivamente sotto il profilo del ritardo e dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione; attribuiva quindi rilevanza solo alla *mancata realizzazione* – perché divenuta impossibile o perché non ancora eseguita – *della prestazione*. L'esercizio dell'attività professionale, calata nel traffico giuridico quotidiano, offrì lo spunto a Staub per individuare alcune fattispecie che, pur rappresentando momenti patologici dello svolgimento del rapporto obbligatorio, esorbitavano dall'ambito di applicazione degli §§ 280 e 286 BGB: le ipotesi di inesatto adempimento (*Schlechterfüllung*), ovvero i casi in cui la prestazione è stata eseguita, ma in modo non conforme al programma obbligatorio⁸¹. Eucleata la lacuna nell'ordinamento positivo, la successiva intuizione di Staub coinvolse sia il piano dogmatico, che quello positivo: quanto al primo, egli trasse dai riferimenti normativi esistenti il principio generale in virtù del quale l'impossibilità della prestazione e il ritardo non sono che specifiche *modalità* di manifestazione dell'inadempimento, il quale invece trova il suo archetipo nella *violazione* – naturalmente imputabile al debitore – *di un obbligo contrattuale*; sotto il profilo del diritto applicabile, invece, egli optò per l'estensione analogica ai casi di

accertamento, da parte del contraente, dell'esistenza di tutti i presupposti per la valida conclusione del contratto.

⁸¹ Cfr. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 129 nt. 17.

inesatto adempimento della disciplina prevista *ex* § 286 per il ritardo della prestazione.

Gli insegnamenti di Staub furono repentinamente accolti dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente, tanto da assurgere al rango – prima di essere positivizzati con la riforma dello *Schuldrecht* del 2001 – di vera e propria consuetudine⁸².

Meno fortunato fu il termine con cui l'avvocato berlinese identificò il fenomeno: *positiven Vertragsverletzungen* (violazioni positive del contratto). L'accezione «positiva» derivava dal carattere della *Schlechterfüllung* (o della violazione di un obbligo di astensione), nella quale – a differenza dell'impossibilità e del ritardo della prestazione, dove il debitore omette (contegno *negativo*) un comportamento dovuto – questi fa (contegno *positivo*) ciò che invece non dovrebbe fare.

Tuttavia, la dottrina successiva non tardò a porre in evidenza come tanto il riferimento al carattere contrattuale, quanto quello alla «positività» della lesione restringessero eccessivamente i confini di un fenomeno più generale: da un parte, infatti, ben si rilevò come la violazione potesse interessare anche obbligazioni di origine non contrattuale (e di qui derivò la più corretta formula delle *positiven Forderungsverletzungen*); dall'altra, come le violazioni di obblighi (*lato sensu*) contrattuali potessero consistere anche in omissioni, soprattutto in riferimento alla mancata adozione di misure di sicurezza, come la successiva dottrina delle *Schutzpflichten* avrebbe avuto modo di approfondire.

La chiusura del cerchio è infine da ricondurre al terzo polo dell'analisi: la teoria delle *Schutzpflichten* (obblighi di protezione) di Stoll⁸³. Egli inserì i propri studi nel fondamentale solco ricostruttivo inaugurato dal suo predecessore Staub, offrendo tuttavia una soluzione più matura al problema. In linea con gli orientamenti *cd.* «giurisprudenza degli interessi», della quale rappresentava uno

⁸² Tra i primi a riconoscerne lo *status* di *Gewohnheitsrecht*, *ex* art. 2 EGBGB, fu HECK, *Grundriss des Schuldrecht*, Tübingen, 1929.

⁸³ STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Pr.*, 137, 1932, 257 ss.

dei massimi esponenti, osservò come il problema sollevato da Staub e da lui risolto focalizzando l'attenzione sulla tipologia della violazione contrattuale, non rappresentava che il punto di partenza – peraltro da rimodulare – di un ragionamento molto più complesso, coinvolgente non tanto, in chiave descrittiva fine a sé stessa, le modalità di manifestazione delle condotte inadempitive, quanto quali fossero gli interessi di parte creditrice per i quali l'ordinamento apprestava tutela contrattuale⁸⁴.

Stoll individuò due categorie di interessi creditori tutelati dall'illecito contrattuale e li contrappose: da un lato l'interesse alla prestazione (*Leistungsinteresse*), avente ad oggetto la realizzazione della prestazione così come dedotta in contratto; dall'altro quello alla protezione (*Schutzinteresse*), teso invece a preservare la persona e le cose della controparte da eventi lesivi ipoteticamente realizzabili durante o in occasione dell'esecuzione della prestazione.

Mentre gli obblighi tesi alla soddisfazione del primo interesse discendono dalla volontà delle parti – pur se interpretabile ed integrabile secondo buona fede, ex §§ 157 e 242 BGB – scolpita nel regolamento contrattuale, gli obblighi funzionali alla salvaguardia della persona e del patrimonio della controparte, ovvero gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*), non hanno natura negoziale, ma discendono dal *principio generale di buona fede*.

Viene così affermata l'*efficacia precettiva* della buona fede intesa in senso oggettivo, idonea, in presenza di un rapporto giuridico – quale quello obbligatorio – che sottopone la persona o i beni di una parte all'area di incidenza dell'altra, a generare veri e propri *obblighi di protezione*, indipendenti dagli obblighi di prestazione e tesi alla conservazione della sfera personale e patrimoniale della controparte.

Ecco la «rivisitazione» della teorica di Staub: le *positiven Vertragsverletzungen* (*rectius, Forderungsverletzungen*) non mettono in luce solo diverse tipologie di condotte “inadempitive”, ma costituiscono – mediati

⁸⁴ STOLL, *Abschied*, cit., 286 ss.

dall'efficacia precettiva della buona fede oggettiva – la chiave *strutturale* necessaria per riconoscere tutela giuridica *contrattuale* alla violazione, da parte del debitore, di obblighi *nemmeno indirettamente* riconducibili alla realizzazione della prestazione, poiché tesi alla salvaguardia dello *status quo* del creditore.

«Jedes Schuldverhältniss», scriveva Stoll nel 1932, «ist heute ein *bonae fidei iudicium*. Treu und Glauben ist der beherrschende Grundsatz, der für das Verhalten beider Parteien, des Schuldners wie des Gläubigers maßgebend ist». In queste poche righe risiedeva il presupposto della teorica degli *Schutzpflichten*⁸⁵, ovvero la presa coscienza che per il diritto moderno, il rapporto obbligatorio non si esaurisce nell'obbligo avente ad oggetto l'esecuzione della prestazione, ma si compone di altri obblighi, tra i quali – accanto agli obblighi prestazionali accessori (*Nebenleistungspflichten*) – spiccano gli obblighi di protezione, che, trovando la propria fonte nel principio di buona fede (o correttezza), hanno fonte *legale* e sono tesi alla tutela della persona e dei beni della controparte, indipendentemente dalle vicende inerenti alla prestazione (questa la teoria del rapporto obbligatorio come *Organismus*⁸⁶).

La chiusura del cerchio, determinante per il futuro sviluppo che la teoria subì in Italia, fu infine dovuta alla fondamentale intuizione di Larenz, il quale utilizzò il neoconiato concetto degli *Schutzpflichten* per spiegare la – già affermata – natura contrattuale della responsabilità contrattuale⁸⁷. Gli obblighi violati in sede precontrattuale troverebbero così il loro fondamento giuridico non nel contratto stipulando, bensì nel particolare rapporto giuridico che si instaura

⁸⁵ Puntualissima la ricostruzione teorica fornita da CANARIS, *Anpruche wegen «positiver Vertragsverletzungen» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *Juristenzeitung (JZ)*, 1965, 476 ss.

⁸⁶ Padre della definizione è SIBER, *Grundriss des deutschen bürgerlichen Recht*, II, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, 98, ma il termine è divenuto poi di uso comune con l'affermarsi della teorica dell'obbligazione come rapporto complesso: cfr. STOLL, *Abschied von der Lehre*, cit., 298, nt. 66; CANARIS, *Anpruche wegen «positiver Vertragsverletzungen*, cit., 478 e KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrecht*, München, 1929, 5 ss. e 578 ss. Parlano invece, pur riferendosi al medesimo concetto, di «*Rahmenbeziehung*» HERHOLZ, *Das Schuldverhältniss als konstante Rahmenbeziehung*, in *Arch. civ. Pr.*, 130, 1929, 276 s. e ESSER, *Schuldrecht*, 2. Aufl., 1960, § 25, 1. Di «*Gefüge*» parla infine LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, I, München, 1987, 26 s.

⁸⁷ LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1. Aufl., 1960. Ma sulla stessa linea cfr. anche ESSER, *Schuldrecht*, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960, § 10, 1 a).

durante le trattative e che, costituendosi indipendentemente dalla volontà delle parti, ha natura *legale*. Nasceva così, pur sempre in relazione alla fase precontrattuale, l'idea di un rapporto obbligatorio privo di obblighi primari di prestazione (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*).

6. ...E sua rielaborazione in Italia: l'«obbligazione senza obbligo primario di prestazione»

Tale ricostruzione del rapporto obbligatorio destò sin da subito un forte interesse da parte della dottrina italiana, la quale non solo accolse positivamente – non senza esitazioni⁸⁸ – le intuizioni della scuola tedesca, ma le sottopose ad una profonda rielaborazione. Dobbiamo invero a Mengoni⁸⁹ per l'intuizione iniziale e a Castronovo⁹⁰ per la compiuta elaborazione successiva, l'introduzione nel nostro sistema dell'«obbligazione senza prestazione» quale categoria generale e presupposto della «responsabilità da contatto sociale qualificato».

Il primo ha riconosciuto, sulle orme di Larenz, che l'art. 1337 cod. civ. di disciplina della responsabilità precontrattuale incarna la dimostrazione di come il canone della buona fede, pur in presenza di determinate circostanze di fatto, sia idoneo a trasformare un rapporto tra due persone non (ancora) legate da un

⁸⁸ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, 159 ss.; GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Giuffrè, 1970, 293; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1974, 24; SACCO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 185 e GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del contratto*, a cura di DEL PRATO, Giuffrè, 2003, 15.

⁸⁹ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. (Studio critico), in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Giuffrè, 1995, 141 ss., originariamente pubblicato in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Giuffrè, 1995, 267, originariamente pubblicato in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 e ID., *La parte generale delle obbligazioni*, *ivi*, 283, originariamente pubblicato in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507.

⁹⁰ Cfr. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 123; ID., voce «Obblighi di protezione», in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Ed. Enc. it., 1990, 1; ID., *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 191 e ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 679.

contratto in un rapporto obbligatorio⁹¹. E non potrebbe essere altrimenti, secondo l'a., posto che la dottrina tedesca «è riuscita ad inquadrare la responsabilità precontrattuale nei termini di un rapporto obbligatorio» «pur non disponendo di una norma corrispondente al nostro art. 1337»⁹².

Ma Mengoni va oltre il disposto dell'art. 1337 cod. civ., individuando in esso non la fonte degli obblighi precontrattuali, bensì una mera *ricognizione* di obblighi che trovano la loro fonte *aliunde*, e precisamente nel canone della *buona fede oggettiva* quale norma generale volta alla tutela dell'*altrui affidamento*. Non sembrano esserci parole migliori di quelle dello stesso a. per descrivere il significato e il contenuto di tale *affidamento*: «Chi si mette in relazione con un altro soggetto, allo scopo di attuare un regolamento di interessi, espone la propria sfera giuridica a rischi che altrimenti non lo toccherebbero, entra in una specifica zona di pericolo determinata dalla possibilità che l'attività dell'altra parte, connessa allo svolgimento del rapporto [pur non contrattuale], sia di tale natura da recargli danno. Di fronte a questa specifica cerchia di pericolo in cui sono coinvolti in beni di una parte (...), il principio di buona fede negoziale completa e rafforza la tutela del diritto assoluto, espressa nella regola generale dell'art. 2043, creando una serie parallela di obblighi relativi, come tali soggetti alle norme della responsabilità contrattuale»⁹³. Dunque, è proprio tale *affidamento obiettivo* ad essere l'elemento essenziale della fattispecie cui è collegato l'art. 1337 cod. civ., idoneo perciò solo a richiamare la precettività del canone della buona fede⁹⁴.

⁹¹ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 272: «Quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede». E a giustificazione dell'assunto, l'a. si interroga retoricamente sul perché «la violazione, durante il processo di formazione del contratto, della regola dell'art. 1337 darebbe luogo a responsabilità aquiliana nel caso che non venga poi concluso un valido contratto, mentre darebbe luogo a responsabilità contrattuale nel caso opposto». Sulla natura contrattuale della responsabilità precontrattuale convenivano già allora diversi aa.: cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 96; BENATTI, *Osservazioni in tema di «Doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342; ID., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e impr.*, 1987, 304.

⁹² MENGONI, *op. loc. ultt. citt.*

⁹³ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 229 s.

⁹⁴ Del resto, spiega sempre MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 279 s., «La rilevanza dell'affidamento (...) è implicita nel concetto stesso di buona fede oggettiva,

Di qui il passaggio successivo fu immediato. Il ragionamento di Castronovo⁹⁵, si basa essenzialmente sulla giustapposizione logica di due assunti, oramai accolti, per cui: *a*) la legge, per il tramite del principio della buona fede oggettiva, può *in generale* imporre al debitore obblighi di protezione accanto a quelli di prestazione e *b*) gli stessi obblighi di protezione informano il *rapporto precontrattuale* (un rapporto quindi *privo* – per il momento – *di obblighi di prestazione*) non in virtù dell'art. 1337 cod. civ., né della finalizzazione del rapporto alla conclusione di un contratto, ma semplicemente perché tra le parti si crea un rapporto caratterizzato dal particolare *affidamento* che l'una ripone nell'altra (*emancipazione degli obblighi di protezione da quelli di prestazione*). Ebbene, dalla combinazione dal sapore sillogistico di queste due proposizioni, in uno con l'osservazione che tale particolare affidamento si possa realizzare nel traffico giuridico anche in situazioni diverse dalle trattative prenegoziali, l'a. deduce l'ipotesi dell'ammissibilità di una generale *responsabilità da violazione dell'affidamento* e dunque di un rapporto obbligatorio fondato sull'affidamento al di fuori dell'ambito precontrattuale (*emancipazione degli obblighi di protezione dall'art. 1337 cod. civ.*)⁹⁶.

Questa la genesi, in Italia, dell'*obbligazione senza obbligo primario di prestazione*, la cui fonte, identificandosi con il principio di buona fede oggettiva, va ascritta all'art. 1173 cod. civ., nella parte in cui la norma richiama, con formula riassuntiva, «ogni altro atto o fatto» idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico⁹⁷.

ravvisata appunto come norma volta alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in relazione di affari».

⁹⁵ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, cap. V (capitolo che riprende quasi *in toto* quanto già affermato in *L'obbligazione senza prestazione*, cit.).

⁹⁶ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 468 s. «Ma proprio a questo punto si innesta la questione se, alla stregua dell'art. 1337, altre ipotesi non meritino identico trattamento in quanto da ritenersi analogamente presiedute dalla regola della buona fede». Poco più avanti (*ibidem*, 470), l'a. osserva che del resto anche il suo maestro, Mengoni, condivideva l'idea di una responsabilità precontrattuale quale *species* della responsabilità da violazione dell'affidamento.

⁹⁷ *Ibidem*, 466 s. Autorevole dottrina già aveva interpretato il sintagma richiamato dell'art. 1173 cod. civ. nel senso che esso non si riferisse esclusivamente alle fonti espressamente riconosciute tali dal legislatore (v. indebito), ma potesse comprendere anche fonti cd. atipiche o innominate comunque idonee a produrre obbligazioni in virtù dei principi informativi del nostro ordinamento:

Il lungo *excursus* fin qui compiuto trova ragione nella circostanza che una delle prime applicazioni di questa figura, suggerita dal suo stesso ideatore, è stata proprio al settore medico-sanitario, ed in particolare al rapporto tra paziente e medico dipendente da una struttura ospedaliera.

Mentre il paziente, mediante l'accettazione all'interno della struttura ospedaliera, instaura con questa un vero e proprio contratto, non accade lo stesso con il medico affidatario, rispetto al quale rimane «contrattualmente» terzo. Cionondimeno, la qualificazione professionale del sanitario in uno con l'esposizione che della propria persona il paziente fa all'area di attività del medico, genera inevitabilmente quell'affidamento qualificato dal quale la buona fede oggettiva fa discendere obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui⁹⁸ (obblighi di protezione).

7. La responsabilità da «contatto sociale»: protezione o prestazione?

Si torna così al punto dal quale ha preso le mosse la presente dissertazione sugli obblighi di protezione, posto che, nonostante le obiezioni che parte della dottrina mosse alla teoria dell'*obbligazione senza prestazione*, fu espressamente questa – *almeno a parole* – la ricostruzione accolta dalla citata Cass. n. 589/1999⁹⁹.

L'inciso «almeno a parole» non è privo di significato. Se da un lato invero la Corte di Cassazione si riferisce testualmente all'«obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto», dall'altro ne snatura parzialmente il significato.

L'obbligo di protezione, così come concepito in Germania e tradotto in Italia, in tanto si differenzia contenutisticamente dall'obbligo di prestazione in

cfr., sul punto, RESCIGNO, voce «Obbligazioni (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 149.

⁹⁸ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 482 ss.

⁹⁹ CASS., 22.1.1999, n. 589, cit.

quanto ha ad oggetto la mera *conservazione* della sfera giuridica altrui, in ciò (e solo in ciò) accostandosi al generico *alterum non laedere* che contraddistingue l'illecito aquiliano; esso tutela perciò l'*interesse negativo* della controparte e non quello *positivo* (*id quod interest*), che, in quanto teso ad implementare la sfera giuridica altrui, necessita di un programma obbligatorio da realizzarsi mediante un accordo tra le parti¹⁰⁰.

Tale funzione non è stata perciò rispettata dalla Suprema Corte, allorché, dopo aver confermato l'«assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione», contraddittoriamente afferma che «la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due».

Già solo tale incoerenza concettuale sarebbe sufficiente a dimostrare come l'obbligazione senza prestazione a cui è ricorsa la Cassazione non abbia nulla a che vedere, al di là dell'assenza di un contratto, con quella concepita dalla tradizione tedesca e dalla dottrina che ne ha originariamente fatto impiego in Italia. Equiparando l'oggetto dell'*obbligazione senza prestazione* a quella nascente da un contratto d'opera professionale concluso con il paziente, si trasforma l'*obbligo di protezione*, nucleo essenziale di tale peculiare rapporto obbligatorio in un vero e proprio *obbligo di prestazione*, con le relative rilevanti conseguenze applicative. Mentre in virtù della lesione di un obbligo di protezione il medico sarebbe chiamato a rispondere solo nel caso in cui il paziente abbia subito un *danno alla salute*, la lesione del diverso obbligo di prestazione consente al paziente di essere risarcito per non aver raggiunto il *risultato migliorativo* dedotto in obbligazione, indipendentemente dall'aver o meno subito un pregiudizio alla salute¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cfr. CASTRONOVO, voce «Obblighi di protezione», cit., 3 s.

¹⁰¹ Di tale eventualità è ben consapevole la Corte di Cassazione, allorché, illustrando le ragioni per cui non è accoglibile la tesi che configura la responsabilità medica come extracontrattuale, osserva che «la responsabilità aquiliana del medico, intesa come conseguenza della violazione del principio *alterum non laedere*, sarebbe configurabile solo allorché, per effetto dell'intervento del sanitario (connotato da colpa), il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella

Senonché, tra le righe della pronuncia si svela la ragione di tale confusione di piani. Si fa invero espresso richiamo alla responsabilità da «contatto sociale», che la Corte, in linea con la dottrina tedesca del «*sozialer Kontakt*», riconnette alla teorica dei «rapporti contrattuali di fatto» (*faktische Vertragsverhältnisse*)¹⁰². Tuttavia, stando all'elaborazione originaria, nulla hanno in comune obbligazione senza prestazione e rapporti contrattuali di fatto: i primi hanno fonte legale, i secondi invece – seppur indirettamente – matrice negoziale e, prevedendo un programma obbligatorio, possono imporre alle parti – a differenza degli altri – obblighi di prestazione¹⁰³.

L'obiezione, seppur condivisa da una parte della dottrina fedele alla ricostruzione tradizionale degli obblighi di protezione¹⁰⁴, non ha avuto eco in giurisprudenza. Nel frattempo, si stava modificando il significato stesso di «obbligazione senza prestazione», tanto da renderla, soprattutto in ambito sanitario, fonte non più solo di obblighi di protezione, ma anche di veri e propri obblighi di prestazione.

Altra dottrina ha così avuto modo di osservare come, quantomeno per il caso della responsabilità medica, tale pretesa «obbligazione senza prestazione»,

precedente il contatto con il medico. Se, invece, il paziente non realizza il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere (ma, ciononostante, non è "peggiolato"), non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico, per il semplice fatto che egli non ha subito un danno rispetto alla situazione qua ante, ma solo non ha raggiunto un risultato positivo (o migliorativo), che, se gli è dovuto nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale (e quindi da parte dell'ente ospedaliero), non altrettanto può dirsi fuori di esso. Senonché pacificamente anche coloro che considerano la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente di natura extracontrattuale, ritengono poi che essa copra entrambe le situazioni suddette» (CASS., 22.1.1999, n. 589, cit.).

¹⁰² Sul «contatto sociale» e la sua elaborazione nella teoria tedesca dei rapporti contrattuali di fatto cfr. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Siber*, II, Leipzig, 1943, 23.

¹⁰³ Sulla differenza tra rapporti contrattuali di fatto e obbligazioni da contatto sociale cfr. STELLA RICHTER, *Contributo alla studio dei rapporti contrattuali di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 157 e CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, *Eur. e dir. priv.*, 2003, 157.

¹⁰⁴ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 490, nt. 106; LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 354, che a tal riguardo parla di «erronea prospettiva»; PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, 705. Altri aa. hanno colto il disallineamento concettuale contenuto nella sentenza quale occasione per proporre la generale applicabilità, in questo settore, della figura del *rapporto contrattuale di fatto*: cfr. PROTO PISANI, *L'onere della prova nella colpa medica*, in *Il danno risarcibile*, a cura di VETTORI, 1375 ss.;

concretizzandosi ed attualizzandosi in occasione dell'esecuzione dell'attività sanitaria, «si atteggia, quanto al suo contenuto, come una normale obbligazione che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore (e cioè il *dare facere oportere* delle fonti)»¹⁰⁵, arrivando così a giustificarsi, *in parte qua*, i risultati della Corte. L'obbligazione non deriverebbe direttamente dalla legge, ma troverebbe la sua ragion d'essere nell'esecuzione di una prestazione (intervento medico) che la precede sia logicamente che cronologicamente.

Riprendendo le chiarissime parole di questa dottrina, «“In principio”, si può dire, v'è dunque la prestazione cui segue come effetto necessario l'obbligazione. Può sembrare singolare ma l'esistenza di prestazioni senza obbligazione segna un ulteriore modo di essere della obbligazione, che adegua il proprio contenuto alle regole «oggettive» della prestazione professionale e ciò anche in assenza di contratto. Ne consegue, che lo *status* di professionista non è solo fonte, in tal caso, di obblighi specifici di protezione, ma fornisce il supporto all'esecuzione di prestazioni, pur non assunte in adempimento di contratti»¹⁰⁶.

Alla luce di tale ricostruzione, non certo priva di seguito in dottrina e comunque perfettamente in linea con l'attuale approccio della giurisprudenza al tema in discussione, non dovrebbe più parlarsi di «obbligazione senza prestazione», bensì, più correttamente, di «prestazione senza obbligazione».

¹⁰⁵ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 450.

¹⁰⁶ DI MAJO, *ult. op. cit.*, 451. Analogamente anche NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 874, il quale specifica che la distinzione tra obbligo di prestazione e obbligo di protezione sta nel fatto che solo il primo può essere oggetto di una pretesa da parte del paziente, ma «una volta che il medico abbia prestato il suo servizio, la valutazione dell'inadempimento di quella che è un'obbligazione puramente di protezione deve essere condotta alla stessa stregua della prestazione professionale esigibile in una situazione analoga».

8. *Natura della responsabilità medica e Riforma Balduzzi*

Il capitolo sulla natura della responsabilità medica non può chiudersi senza un riferimento all'elemento di – almeno apparente – discontinuità introdotto dal d.l. 13.9.2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla l. 8.11.2012, n. 189, meglio noto come «Decreto Balduzzi».

Secondo l'art. 3, comma 1°, del decreto, «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta del primo periodo». Mentre la prima parte della norma introduce una causa di non punibilità per il caso del medico che, pur versando in colpa lieve, si sia attenuto alle linee guida accreditate, la seconda esclude che tale esimente possa estendersi alla responsabilità civile, della quale, in concorrenza dei presupposti, egli dovrà pur sempre rispondere. Tuttavia, è proprio nel richiamo alla responsabilità civile che è dato riscontrare il profilo problematico, laddove, nel farlo, il legislatore si è esplicitamente riferito all'art. 2043 cod. civ., norma sulla responsabilità extracontrattuale¹⁰⁷.

Di qui, l'inevitabile quesito che ha immediatamente investito dottrina e giurisprudenza: il rinvio all'art. 2043 cod. civ. in ambito di responsabilità civile dell'«esercente la professione sanitaria» (*i.e.*, medico persona fisica), deve considerarsi quale atecnico, generale ed esemplificativo richiamo alle norme della responsabilità civile nel suo complesso (quindi comprendente anche quella contrattuale) o quale rinvio tecnico e formale alla disciplina della sola responsabilità extracontrattuale? L'interrogativo non è di poco momento, posto che aderire alla seconda ipotesi significherebbe cancellare con un colpo di spugna – *rectius*, con un «numero» – i risultati di un'evoluzione dottrinale e

¹⁰⁷ Il testo originario del d.l. non circoscriveva il novero delle azioni risarcitorie esperibili da parte dei danneggiati alla responsabilità aquiliana. Il richiamo letterale all'art. 2043 è stato introdotto dalla legge di conversione del decreto, l. n. 189/2012.

giurisprudenziale durata più di qualche decennio.

A poco più di un anno dall'introduzione della novella, le interpretazioni che dell'inciso hanno fornito gli interpreti si possono ricondurre, sostanzialmente, a due linee di pensiero¹⁰⁸.

Secondo una prima ricostruzione, ad oggi minoritaria, il legislatore avrebbe voluto chiudere con il passato e (ri)trasferire il contenzioso civile medico-paziente nell'area extracontrattuale¹⁰⁹. Oltre all'evidente argomento letterale¹¹⁰, viene richiamato quello teleologico connesso alla *ratio* ispiratrice della legge, ovvero l'alleggerimento della posizione giuridica del medico al fine di arginare il fenomeno della «medicina difensiva»¹¹¹. Ebbene, l'applicazione al sanitario del modello della responsabilità extracontrattuale, considerati i maggiori oneri probatori che pone a carico del paziente danneggiato (in punto di elemento soggettivo ed, oggi, anche di nesso causale), costituirebbe un valido strumento per il raggiungimento di detta finalità.

Sul versante opposto si sono poste la dottrina e giurisprudenza di merito

¹⁰⁸ Per un'approfondita disamina delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali delineatesi sul punto cfr. il recente contributo di QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 15. Sul tema, cfr. anche IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la c.d. Legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 549; CARBONE, *La responsabilità del medico dopo la Legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 367; PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il Decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 350 e DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Dike, 2012.

¹⁰⁹ Cfr. HAZAN, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità*, in *Danno e resp.*, 2013, 70. Tra le Corti di merito, cfr. TRIB. TORINO, 26.2.2013, *ibidem*, 373, con la citata nota di CARBONE: «in tutti i casi in cui il medico sia chiamato a rispondere del suo operato, che questo sia penalmente rilevante o meno, significa che la responsabilità del medico è extracontrattuale. Questo getta alle ortiche la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale, e porta la lite all'interno della responsabilità aquiliana, con conseguente spostamento dell'onere probatorio tutto a carico della parte attrice» e TRIB. VARESE, 29.11.2012, *ibidem*, 375. Tuttavia è da osservare che mentre la prima pronuncia riconduce al parametro dell'art. 2043 la responsabilità sia del medico che della struttura sanitaria, con superamento quindi del c.d. contratto di ospitalità, la seconda limita il riferimento testuale della norma alla figura del medico persona fisica.

¹¹⁰ Cfr. TRIB. VARESE, 29.11.2012, cit., e il riferimento al criterio del «legislatore consapevole», già utilizzato dalla Cassazione (CASS., 24.8.2007, n. 17958, in *Mass. Giur. it.*, 2007) come criterio ermeneutico vincolante per il giudice.

¹¹¹ Si legge nella motivazione che ha accompagnato il decreto legge: «ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di procedere al *riassetto dell'organizzazione sanitaria, tenuto conto della contrazione delle risorse finanziarie destinate al servizio sanitario nazionale*, a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa pubblica».

maggioritarie¹¹², avvallate oggi da una recente sentenza della Corte di Cassazione¹¹³. Seppur mediante argomentazioni non sempre coerenti, leggendo il rinvio talora come una «svista» innocua del legislatore, talaltra come un richiamo volutamente atecnico, comune è l'interpretazione finale della norma: essa non modifica in alcun modo la natura della responsabilità del medico, che continua, in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale, ad essere inquadrata nell'alveo della responsabilità da inadempimento.

Come è stato acutamente osservato¹¹⁴, la conferma di questa lettura fornita dalla Suprema Corte con la sentenza n. 4030/2013 non è certo lodabile quanto a chiarezza espositiva. Dopo aver coerentemente affermato che, nonostante l'intervenuta riforma, «la responsabilità civile segue le sue regole consolidate», la Corte aggiunge infatti un inciso di dubbia comprensione: «e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura, da contatto sociale».

Ora, a parte il fatto che non di «contatto sociale» dovrebbe parlarsi per la struttura ospedaliera, che sappiamo essere legata al paziente da un vero e proprio contratto (c.d. di *spedalità*), difficilmente è dato immaginare un residuo spazio «aquiliano» per la responsabilità medico, dal momento che il rapporto tra

¹¹² Cfr. DI PENTIMA, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Giuffrè, 2013, 315; TEDESCHINI, *Decreto Balduzzi: alla ricerca di un senso*, in *personaedanno.it*; CARINGELLA-BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, 2013, 673 ss. e FRATI-GULINO-MONTANARI VERGALLO-ZAAMI-FINESCHI, *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1045. Tra la giurisprudenza di merito, cfr. TRIB. AREZZO, 14.2.2013, in *Danno e resp.*, 2013, 368, secondo cui «L'art. 3, comma I, della legge n. 189/2012, non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria (che non sarebbe neppure funzionale ad una politica di abbattimento dei risarcimenti giacché la responsabilità solidale della struttura nel cui ambito operano i sanitari che verrebbero riassoggettati al regime aquiliano conserverebbe comunque natura contrattuale, in virtù del contratto di 'spedalità' o 'assistenza sanitaria' che viene tacitamente concluso con l'accettazione del paziente), ma si limita (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire), a fare salvo (nel secondo periodo) l'obbligo risarcitorio e a sottolineare (nel terzo periodo) la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali) e TRIB. CREMONA, 19.9.2013, in *Altalex*.

¹¹³ Cfr. CASS., 19.2.2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 367.

¹¹⁴ Cfr. IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la c.d. Legge Balduzzi*, cit., 552 s. e QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria*, 21.

quest'ultimo e il paziente o è contrattuale, se il medico è libero professionista, o è caratterizzato dal «contatto sociale qualificato».

Se, quindi, da un lato è sicuramente auspicabile un intervento della Cassazione più consapevole sul punto, idoneo a fugare le perplessità segnalate, dall'altro non sembra esserci la reale possibilità di discostarsi dall'interpretazione che qui si è dipinta come maggioritaria.

Anche a voler attribuire la massima importanza al dato letterale, la norma si scontrerebbe infatti con la difficilmente superabile obiezione relativa all'enorme *disparità di trattamento* che si verrebbe a creare tra medici liberi professionisti, legati da un rapporto evidentemente contrattuale, e quelli operanti all'interno di strutture, favoriti dall'applicazione della disciplina aquiliana della responsabilità. Senza contare che è parimenti difficilmente immaginabile che il legislatore, nel formulare il richiamo, si sia «dimenticato» dei medici esercenti la libera professione, per i quali – a meno di non voler stravolgere la disciplina del contatto d'opera professionale – il parametro del 2043 cod. civ. rimane senza dubbio ininfluenza.

Del resto, se l'intento che ha mosso il legislatore è quello di porre un freno al processo di oggettivizzazione della responsabilità sanitaria, al fine di consentire agli esercenti la professione medica di operare con la sicurezza e la serenità necessarie, non sembra affatto che la riconduzione della responsabilità medica al modello aquiliano sia l'unico modo per soddisfare tale esigenza. Anzi, viste le incongruenze che tale operazione porterebbe con sé, appare addirittura il meno indicato¹¹⁵. Molto più semplicemente, sarebbe invero sufficiente porre un freno ad alcune derive giurisprudenziali poco raccomandabili, invocando un'applicazione della disciplina della responsabilità professionale, quale *species* di quella

¹¹⁵ Alla luce dei recenti progetti di legge depositati in Parlamento, sembra peraltro che tale strada non voglia più – se mai ha voluto – essere perseguita dal legislatore. Uno degli ultimi disegni di legge presentati al Senato (Ddl parlamentare presentato al Senato in data 18.10.2013 dai senatori Bianco *et al.*), pur nell'espressa consapevolezza dell'intervento del Decreto Balduzzi e della controversia interpretativa derivatane, e sempre mirando all'alleggerimento processuale della figura del medico dei casi di malpractice, propone invero una modifica al capo del codice civile dedicato al contratto d'opera professionale, confermando indirettamente la natura contrattuale della responsabilità medica.

contrattuale, che sia *fedele al dato normativo*.

La ricerca un modello di coerente applicazione del dato positivo, quanto meno sotto il profilo – si passi il termine, «determinante» – della prova del nesso di causalità tra il danno e l'errore medico, sarà al centro della riflessione nei capitoli seguenti.

CAPITOLO II

IL NESSO DI CAUSALITA' E IL RIPARTO DELL'ONERE

PROBATORIO: LE DIVERSE TEORIE A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Obbligazione del medico quale obbligazione «di mezzi» e relativo riparto dell'onere probatorio. – 3. *Segue*: le critiche della dottrina. – 4. *Segue*: obbligazioni di mezzi e di risultato alla ricerca del «ruolo perduto»... – 5. *Segue*: ... in punto di prova del nesso di causalità. – 6. Prova del nesso di causalità e logiche presuntive: «*res ipsa loquitur*». – 7. Interventi di facile/difficile esecuzione ed inversione dell'onere probatorio. – 8. Il trapianto delle sezioni unite del 2001 in ambito sanitario. – 9. Le sezioni unite fanno il punto con Cass. n. 577/2008. – 10. *Segue*: L'applicazione del «principio di vicinanza della prova» in ambito causale. – 11. Inadempimento agli obblighi informativi e nesso di causalità. – 12. I criteri di accertamento del nesso di causalità: cenni. – 13. La giurisprudenza successiva alle sezioni unite del 2008.

1. Premessa

Fino ad ora abbiamo analizzato la natura della responsabilità medica quale prima grande variabile in grado di incidere, nel giudizio di responsabilità, sul riparto tra le parti degli oneri probatori ed in particolare di quello legato al profilo causale.

Lungi tuttavia dal porre in modo univoco le regole del riparto, il regime di responsabilità, sia pur confermato in quello contrattuale, finisce con l'aprire, proprio nell'ambito sanitario, un crocevia di soluzioni applicative, diverse a seconda del punto di partenza dell'interprete.

La responsabilità contrattuale – *rectius*, da inadempimento – presenta invero una disciplina tanto essenziale e lineare in astratto, quanto inevitabilmente incline a complicarsi allorchè si trovi ad essere applicata all'inadempimento di una obbligazione, quale quella di cura, che presenta plurimi elementi specializzanti rispetto ai vincoli obbligatori genericamente intesi. I primi tre di carattere tecnico: l'oggetto, consistente tradizionalmente non in un «risultato» ma in un «comportamento», l'incertezza che sovente connota la riconducibilità causale del

danno patito dal paziente alla condotta del sanitario¹¹⁶, nonché il carattere ibrido del comportamento richiesto al debitore, «prestazionale» e/o «di protezione»; l'ultimo legato invece alle particolari istanze sociali che il rapporto è diretto a soddisfare, nonché alla naturale asimmetria tra le posizioni dei soggetti dell'obbligazione sanitaria, aspetti di volta in volta considerati anche alla luce di ragioni di *policy*.

Ciascuno di tali elementi specializzanti è astrattamente idoneo ad influire sulla questione del riparto probatorio e ciò spiega perché le soluzioni offerte al problema nel panorama dottrinale e giurisprudenziale appaiano così variegate, in quanto ciascuna risente del carattere di volta in volta preso in considerazione.

Il passo successivo consiste nel ripercorrere le diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, cercando – nonostante le inevitabili correlazioni con la prova degli altri elementi dell'illecito – di concentrare il *focus* sull'analisi sulla questione causale.

2. Obbligazione del medico quale obbligazione «di mezzi» e relativo riparto dell'onere probatorio

In origine l'obbligazione del medico fu prevalentemente ricondotta all'interno della categoria delle obbligazioni «di mezzi» o «di comportamento».

Secondo la definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi, la prestazione dovuta prescinde da un determinato esito positivo dell'attività del debitore, che adempie ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto, ovvero utilizzando la diligenza richiesta dall'art. 1176 cod. civ., indipendentemente dal raggiungimento o meno del risultato; nelle obbligazioni di risultato, invece, è quest'ultimo ad essere oggetto della prestazione, con l'effetto che, indipendentemente dalla diligenza impiegata dal debitore nell'esecuzione

¹¹⁶ Cfr. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Cedam, 1994, 69.

dell'obbligazione, egli risponde *ex art.* 1218 cod. civ. ogniqualvolta il risultato non sia raggiunto¹¹⁷.

Ebbene, superati gli strascichi dell'antica immunità a vantaggio della classe medica¹¹⁸, l'obbligazione di mezzi rimaneva comunque la categoria più adatta a circoscrivere l'oggetto dell'obbligazione del sanitario, sulla base di un «sentimento sociale» prima che di un dato empirico, in virtù del quale il medico non può essere chiamato ad assicurare la completa guarigione del malato. L'inevitabile interferenza di fattori estranei alla sfera di dominabilità scientifica del medico, quali le indefinite variabili che incidono sulle risposte del corpo umano, nonché il livello necessariamente *relativo* – lo conferma il costante progresso scientifico in materia – di padronanza dell'eziopatogenesi delle malattie, rende tanto aleatorio il risultato «guarigione» da doverlo escludere dal contenuto dell'obbligazione¹¹⁹.

¹¹⁷ La distinzione, sovente attribuita alla dottrina francese, nasce in realtà, sebbene con indicazione terminologica diversa, in Germania: cfr. BERNHÖFT, *Kauf, Mieth und Verwandte Verträge*, in *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entw. eines BGB für das deutsche Reich*, quad. XII, diretti da BEKKER e FISCHER, Berlin, 1889, 17 e FISCHER, *Vis major im Zusammenhang mit Umöglichkeit der Leistung*, in *Jherings Jahrbücher*, 37, 1897, 254 ss., il quale parlava di «obbligazioni soggettive» e «obbligazioni oggettive». Mentre in Germania essa non ebbe alcun seguito (eccezion fatta per BEKKER, *Grundbegriffe des Rechts und Missbegriffe der Gesetzgebung*, Berlin-Leipzig, 1910, 330 ss.), fu proprio in Francia che assunse valore dogmatico, elevandosi a principio di classificazione delle obbligazioni: v., per tutti, DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Paris, 1925, 1237 e VI, Paris, 1931, 59, che per primo utilizzò il termine obbligazione «di mezzi»; H. e L. MAZEAUD, *Traité théor. et prat. de la responsabilité civile*, I, Paris, 1947, *passim*; TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1947-1948, I, 126 ss. Una volta importata in Italia, la distinzione, seppur fin da subito aspramente criticata (v. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185; RODOTÀ, voce «Diligenza», in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 542; GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Giuffrè, 1975, 226; RESCIGNO, voce «Obbligazioni (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 190 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 31 ss.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Zanichelli, 1988, 448 e CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 491 ss.), svolse un ruolo decisivo soprattutto per la significativa capacità descrittiva che le era propria: cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, 1953, 40, 127 s. e 130; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1953, 445 e 698; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 1989, 353 e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Ed. Scientifiche italiane, 2004, 622 ss.

¹¹⁸ Cfr. CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, cit., 487 s.

¹¹⁹ Questa da sempre la ragione posta a fondamento dell'inquadramento dell'obbligazione del medico in quelle «di mezzi», o «di comportamento»: cfr. LEGA, *Le prestazioni del medico come oggetto di «obbligazione di mezzi»*, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1247 s. Probabilmente il riferimento giuridico indiretto è all'incompatibilità – pena la trasformazione da obbligazione *di fare* in obbligazione *di garanzia* – tra la *causa tipica* del contratto di prestazione d'opera intellettuale e

Autorevole dottrina ha inoltre individuato nella disciplina del contratto di prestazione d'opera intellettuale la giustificazione normativa alla riconducibilità dell'obbligazione del professionista, in particolare del medico, tra quelle «di mezzi».

Innanzitutto, a norma dell'art. 2233, comma 2°, cod. civ., sono l'*importanza dell'opera* e il *decoro della professione* a fungere da parametro per commisurare il compenso del professionista, mentre, *ex art. 2237*, comma 2°, cod. civ. il riferimento al *risultato utile* assume rilevanza solo eccezionalmente, in caso di recesso del prestatore d'opera. Ma è soprattutto l'art. 2236 cod. civ. a non lasciare spazio ad alcun dubbio; circoscrivendo detta norma la responsabilità del prestatore d'opera, per il caso di problemi tecnici di particolare difficoltà, al riscontro del dolo o della colpa grave, essa fornisce conferma indiretta del ruolo centrale assunto dal profilo della *colpevolezza* nel relativo giudizio di responsabilità, tipico delle obbligazioni «di mezzi», ispirate ad un regime di imputabilità soggettiva della responsabilità¹²⁰.

A differenza delle obbligazioni «di risultato», infatti, dove l'inadempimento è un dato di fatto, oggettivamente riscontrabile ed autoevidente, in quelle «di mezzi» esso passa necessariamente per l'accertamento del mancato rispetto della dovuta diligenza *ex art. 1176* cod. civ., che assurge quindi ad elemento costitutivo dell'illecito¹²¹.

Secondo l'impostazione originaria, la distinzione spiegherebbe i suoi effetti sul fondamento della responsabilità contrattuale, o, quantomeno, sul regime del relativo riparto dell'onere probatorio. Mentre nelle obbligazioni di mezzi vige la

l'aleatorietà del risultato «guarigione». Proprio di «aleatorietà» parlano CATTANEO, *op. cit.*, 45 s. e PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 43. La giurisprudenza, unanime fino all'incirca agli anni '80, è costante nell'inquadrare quella del medico all'interno delle obbligazioni «di comportamento» e non «di risultato», nel senso che il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale e scientifica per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo, con la conseguenza che l'inadempimento del sanitario è costituito, non già dall'esito sfortunato della terapia e dal mancato conseguimento della guarigione del paziente, ma dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale (...): cfr., *ex multis*, CASS., 6.12.1968 n. 3906, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce «Professioni intellettuali», n. 59, CASS., 28.4.1961, n. 961 e CASS., 13.10.1972, n. 3044, entrambe citt.

¹²⁰ Cfr. CATTANEO, *op. cit.*, 49.

¹²¹ Cfr. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 38.

regola della responsabilità per colpa, poiché solo in caso di violazione del canone della diligenza *ex art.* 1176 cod. civ. il debitore sarà chiamato a rispondere, la rigida regola della responsabilità oggettiva, prevista dall'art. 1218 cod. civ., varrebbe solo per le obbligazioni di risultato¹²². Da ciò conseguirebbe il duplice significato giuridico dell'art. 1176 cod. civ.: norma *sull'inadempimento*, nelle obbligazioni di mezzi, e norma *sulla responsabilità*, laddove circoscrive la portata della prova liberatoria *ex art.* 1218, in quelle di risultato¹²³.

Altra dottrina, sul presupposto – tutto da dimostrare – di poter sganciare il regime probatorio dalla disciplina sostanziale di un istituto¹²⁴, fa ricadere l'incidenza della distinzione non tanto sul criterio di imputazione della responsabilità, quanto piuttosto sul riparto dell'onere probatorio a carico del creditore «di mezzi o di risultato»¹²⁵. In particolare, alle obbligazioni di mezzi, l'onere della prova dell'inadempimento, ovvero dell'agire negligente del debitore, spetta al creditore; in quelle di risultato, invece, presunto l'inadempimento proprio in ragione del mancato raggiungimento del risultato, il debitore può liberarsi solo con la prova che la prestazione è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile, ovvero per caso fortuito o forza maggiore. In altre parole, nelle prime, il creditore deve provare la colpa del debitore, nelle seconde, invece, è sufficiente

¹²² Cfr. RESCIGNO, voce «Obbligazioni (dir. priv.)», cit., 191. E' il pensiero in origine elaborato dal FISCHER, *op. cit.*, 235 ss., 262, e tradotto in Italia da GIOVENE, *Impossibilità della prestazione e la «sopravvenienza»*, Cedam, 1941, 93. Si tratta di una tesi che si pone a metà strada tra le tesi oggettivistiche e soggettivistiche della responsabilità da inadempimento, su cui *infra*, nt. 136. Di «doppia regola di responsabilità» parla anche CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Scritti in onore di Rescigno*, Giuffrè, 1998, 119.

¹²³ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 161.

¹²⁴ Cfr. TUNC, *op. cit.*, 129, nt. 12, laddove l'a., premesso che «l'obbligazione di pura diligenza è tanto rigorosa quanto l'obbligazione di risultato. (...) Per conseguenza la nozione di obbligazione in se stessa non è messa in causa dalla distinzione e, da questo punto di vista, si potrebbe dire che c'è soltanto una specie di obbligazione», spiega che la distinzione inciderebbe solo sul relativo onere della prova. Ciò darebbe vita ad una «*summa divisio* destinata a sostituire la tradizionale contrapposizione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale ai fini della ripartizione del carico probatorio nelle cause di responsabilità civile»: così MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 218.

¹²⁵ Tale riflesso applicativo della distinzione tra mezzi e risultato nelle obbligazioni sono il frutto della riflessione francese, volta a superare la precedente impostazione del Fischer: v. DEMOGUE, *op. cit.*, 153 e 164 e MAZEUD, *op. cit.*, 669 ss. Le ragioni dei francesi furono sostenute in Italia da OSTI, *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 350 e da BETTI, *op. cit.*, 130.

che il creditore dia atto – presumibilmente mediante allegazione, data l’autoevidenza dell’inadempimento – del mancato raggiungimento del risultato.

Il significato pratico appariva di non poco momento: il titolo della responsabilità ascritta al medico, da inadempimento, non era coerente con la disciplina sostanziale applicata, la quale ricalcava il modello aquiliano¹²⁶. Il ricorso all’obbligazione di mezzi consentiva invero di aggirare il carattere oggettivo del giudizio di inadempimento, trasformandone la responsabilità in una responsabilità per colpa¹²⁷.

Quanto al profilo causale, questo risentiva della natura «di mezzi» dell’obbligazione medica. Mai invero fu revocato in dubbio che la prova del nesso di causalità tra la condotta negligente e il danno incombesse al paziente-creditore¹²⁸, da un lato, per l’inevitabile commistione concettuale tra causa e colpa che sovente si riscontra in materia di *malpractice* medica, tale da renderne comune il destino probatorio, dall’altro, per analogia con la mutuata disciplina dell’illecito extracontrattuale¹²⁹.

Questo riflesso applicativo – benchè aspramente criticato dalla dottrina italiana – trovò riscontro nella giurisprudenza di merito e di legittimità, le quali lo riassumevano nelle massime, tratteggiatamente riportate da sentenza a sentenza, del seguente tenore: «In materia di responsabilità del prestatore d’opera intellettuale, il cliente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche che questo è stato cagionato dalla insufficiente o inadeguata attività, e cioè dalla difettosa esecuzione della prestazione del professionista, rimanendo a carico di

¹²⁶ Cfr. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 878.

¹²⁷ Cfr. CASS., 18.6.1975, n. 2439, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1389, secondo la quale «(...) incombe al cliente, il quale assume di aver subito un danno, l’onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l’esistenza del danno e il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione e il danno».

¹²⁸ Cfr. MUSOLINO, *Contratto d’opera professionale*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2009, sub artt. 2229-2238, 490 s. e DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema*, cit., 416. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, CASS., 18.6.1975, n. 2439, cit.

¹²⁹ Tipico è invero l’errore in cui è incorsa CASS., 13.10.1972, n. 3044, cit., che, rimanendo ancorata ai dettami della natura aquiliana della responsabilità medica, nonostante l’accoglimento formale di quella contrattuale, confonde il piano della causalità materiale (o naturale) con quello della causalità giuridica, unica rilevante in sede contrattuale. Ma sul punto, v. *infra*, cap. III, par. 2.

quest'ultimo la dimostrazione della impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione»¹³⁰.

3. Segue: le critiche della dottrina

Nonostante l'entusiasmo manifestato dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina¹³¹, la dicotomia «mezzi-risultato» fu sin dall'origine aspramente criticata dalla maggior parte dei civilisti italiani, i quali non tardarono a metterne in rilievo non solo l'infondatezza, ma anche l'inutilità.

Fondamentale a tal fine rimane lo scritto di Luigi Mengoni¹³², risalente nel tempo ma straordinariamente attuale quanto a portata sistematica e lucidità argomentativa. L'autore muove alla distinzione in oggetto tre diversi ordini di censure, la prima terminologico-descrittiva, le altre due rilevanti sul piano applicativo, tutte condivise e riprese in termini analoghi dalla dottrina coeva e successiva.

Quanto al rilievo terminologico, viene messo in luce il carattere di «relatività» dei concetti di mezzi e risultato, posto che la connotazione dell'oggetto di un'obbligazione come «mezzo» o «risultato» non ha dignità ontologica, ma dipende esclusivamente dall'interesse di volta in volta preso in considerazione dall'interprete come parametro di riferimento. Cercando di formulare un esempio proprio in ambito sanitario, si potrebbe dire che l'esecuzione diligente dell'operazione da parte del chirurgo è «mezzo» o «risultato» a seconda dell'interesse che si assume far capo al paziente: se si considera l'interesse del paziente alla guarigione, allora sicuramente la

¹³⁰ La giurisprudenza meno recente si è invero mostrata poco sensibile alle obiezioni formulate in dottrina (sulle quali, v. par. successivo). Cfr., *ex multis*, CASS., 28.4.1961, n. 961, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1248, con nota di LEGA. Ma, analogamente, cfr. CASS., 9.3.1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, 1040, CASS., 29.11.1968, n. 3848, *ivi*, 1969, I, 903, CASS., 18.6.1975, n. 2439, cit., CASS., 19.7.1979, n. 3978, in *Mass. giust. civ.*, 1979. Poche le sentenze critiche rispetto alla portata applicativa della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, tra le quali CASS., 13.12.1980, n. 6474, in *Vita not.*, 1981, 226.

¹³¹ Per la parte della dottrina favorevole alla distinzione, v. *supra*, nt. 117.

¹³² MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 141 ss.

prestazione medica ne costituirà il mezzo, ma se diversamente dessimo rilievo all'interesse del paziente a che il medico svolga diligentemente l'operazione, allora la prestazione andrà a coincidere con il risultato stesso dell'obbligazione¹³³. La più autorevole dottrina definisce sapientemente le due variabili dell'interesse creditorio come *interesse mediato o primario* il primo, ed *interesse immediato* il secondo. Ora, posto che il cd. interesse mediato o primario del paziente non può entrare nel programma prestazionale a causa della profonda aleatorietà della sua soddisfazione, la quale dipende da una pluralità di fattori che esulano dall'asse di dominabilità del sapere scientifico¹³⁴, quello idoneo a fungere da parametro di riferimento prestazionale, poiché soddisfattibile dal solo apporto debitorio, non può che essere quello immediato. Rispetto ad esso, la prestazione coinciderà sempre in un risultato.

Anche argomentando in punto di caratteri della prestazione è agevole giungere al medesimo esito. Posto che la prestazione così come inserita nel programma obbligatorio deve poter fungere da parametro di riferimento *obiettivo* ai fini del giudizio di inadempimento, verificabile *in rerum natura*, mediante il raffronto tra contegno tenuto e contegno richiesto, essa dovrà necessariamente consistere in un comportamento oggettivamente qualificato da un *risultato*. Il «risultato» è invero concetto omogeneo rispetto all'attività effettivamente posta in essere dal debitore, poiché entrambi hanno valenza ontologica ed oggettiva; la «diligenza», al contrario, è concetto soggettivo e necessariamente relazionale: può quindi essere misura, ma non certo contenuto, di un concreto dovere di prestazione¹³⁵.

¹³³ Osserva NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 874, che «Uno degli equivoci che hanno ostacolato il riconoscimento del risultato nell'obbligazione del medico è la confusione tra risultato dovuto e realizzazione dell'interesse finale del paziente, la quale invece spesso non è che, potenzialmente e in concorso con altri fattori, "il risultato del risultato" dovuto dal medico».

¹³⁴ Come osservava correttamente DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 111, «l'obbligazione nel suo complesso non è solo regola di comportamento ma regola di comportamento in funzione del raggiungimento di un risultato, a questo finalizzata».

¹³⁵ In tale direzione, particolarmente significative appaiono le parole di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 874: «Proprio il requisito della corrispondenza della prestazione all'interesse del creditore (art. 1174 c.c.) fa esigere (di considerare l'oggetto dell'obbligazione come) un risultato che si possa misurare

Ciò premesso, la dottrina conclude che tutte le obbligazioni hanno ad oggetto un risultato; esso consiste invero in una *serie di atti* concretamente richiesti al debitore per adeguarsi al programma prestazionale, i quali – e qui sta il fraintendimento alla base della dicotomia – nelle obbligazioni tradizionalmente chiamate «di mezzi», sono sì a loro volta un mezzo, ma solo rispetto ad un interesse del creditore – quello primario – che non entra e non può entrare nell'economia del vincolo obbligatorio.

Tali chiarimenti concettuali, unitamente all'accoglimento delle tesi dell'unicità e dell'oggettività (*rectius*, soggettività non colposa) del giudizio di inadempimento¹³⁶, giustificano le critiche successive, mosse alla rilevanza della

in relazione ad una valutazione di utilità o convenienza (*utilitas o bonitas*) per il creditore. (...) Ne deriva che anche quando il risultato dovuto non si distingue ontologicamente dal comportamento dovuto l'adempimento deve esibire un profilo obiettivo: la cura dovrà essere stata oggettivamente buona, buona la diagnosi, buona la terapia, buono l'intervento chirurgico, ossia in grado di apprestare un risultato utile al creditore in quanto capace – sebbene ad una considerazione *ex ante* – di dar principio (quale risultato intermedio) al processo di realizzazione dell'interesse finale di quest'ultimo. E ciò vale in particolare quando il debitore sia un professionista». D'altro canto, una prestazione consistente in un comportamento «diligente», e perciò individuabile in concreto solo *ex post*, non sembra soddisfare i requisiti di determinatezza o determinabilità (*ex ante*) richiesti: cfr. RESCIGNO, voce «Obbligazioni (dir. priv.)», cit., 189.

¹³⁶ A voler essere precisi, il fondamento della responsabilità per inadempimento non è tanto oggettivo, quanto «soggettivo ma non colposo»: non ci limita invero a riscontrare l'esito del comportamento con il risultato dedotto in obbligazione (teoria oggettivistica di Osti), ma, soprattutto nelle obbligazioni c.d. di comportamento, deve tenersi conto della condotta stessa, contraria al contenuto del «programma» obbligatorio (prestazione ed obblighi accessori). Ma tale tensione soggettiva della responsabilità, poiché orientata a valutare anche la condotta del debitore, «non si identifica necessariamente con la responsabilità fondata sulla colpa intesa come stato psicologico che sorregge e connota la condotta contraria al vincolo obbligatorio» (PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 630). In altre parole, il giudizio è *soggettivo* perché improntato alla verifica della violazione di un obbligo da parte della condotta del debitore, *ma non colposo* perché non necessariamente caratterizzato da un disvalore psicologico (come invece affermano i sostenitori del fondamento soggettivo della responsabilità contrattuale). Per essere ancora più chiari, allegata la violazione del programma obbligatorio (inadempimento), il debitore non può liberarsi provando l'assenza di colpa, laddove l'unico modo per andare esente da responsabilità sarebbe provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile. L'atteggiamento colposo, come si vedrà *infra*, rileva invero solo in ambito di prova liberatoria, al fine di provare la non imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Tale è l'opinione oggi dominante in dottrina ed in giurisprudenza: cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 153 ss.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 480, nt. 7; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 455 ss., 555 ss.; NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 872 s.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 630 ss.; DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, cit., 78 ss. In giurisprudenza, è divenuta opinione pressoché unanime a partire da CASS., sez. un., 28.7.2005, n. 15781, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 828, con nota di R. VIGLIONE e in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 797 ss., con nota di NICOLUSSI, *Il commiato*

distinzione in tema di fondamento della responsabilità e di riparto dell'onere probatorio.

Il giudizio di accertamento della responsabilità da inadempimento è unico, trova la sua disciplina nell'art. 1218 cod. civ. e presuppone l'esito negativo del raffronto oggettivo tra comportamento dedotto in obbligazione e comportamento effettivamente tenuto dal debitore¹³⁷. Nelle obbligazioni cd. «di mezzi», il riferimento alla *diligenza*, in questo stadio del giudizio, è dunque fuorviante, fin tanto che, seguendo l'insegnamento della migliore dottrina, non se ne assuma in via definitiva il significato ambivalente: da un lato la diligenza intesa in senso improprio, quale parametro di corrispondenza tra il risultato conseguito e l'aspettativa tutelata, ovvero dedotta in contratto (interesse immediato) del creditore; dall'altro la diligenza in senso proprio, o diligenza-colpa, quale criterio di imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta¹³⁸. I due concetti sono del tutto eterogenei, infungibili: il primo è statico, laddove consente la sovrapposizione oggettiva di due attività fattuali (quella attesa e quella eseguita); il secondo è dinamico, è lo sforzo che può essere compreso solo mediante il riferimento all'etica e alla buona fede oggettiva¹³⁹.

della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, ovvero dal formale superamento della dicotomia mezzi-risultato.

E' tuttavia doveroso precisare che l'impostazione qui accolta non è certo stata la sola ad affacciarsi nel panorama giuridico. Per una compiuta analisi del percorso dottrinale e giurisprudenziale in punto di fondamento della responsabilità da inadempimento si rinvia a CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 1 ss. e PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1019.

¹³⁷ «(...) oggetto della prova del creditore non è mai la colpa, quanto piuttosto la compatibilità fra le regole astratte di condotta ed il comportamento osservato in pratica dal debitore»: così STANZIONE-ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Giuffrè, 1998, 31 s.

¹³⁸ Si è parlato di un'«anfibia della parola colpa». Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 166: «Si deve riconoscere che la legge, con riguardo a certe prestazioni, riassume sotto il profilo della diligenza non solo il criterio di controllo del contegno del debitore di fronte a un evento che ha reso impossibile l'adempimento, ma anche il criterio per determinare concretamente l'oggetto dell'obbligazione». Che il concetto di colpa si presti ad assumere, tecnicamente, un significato polivalente è osservato anche dalla dottrina successiva: cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 478 s.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 225 s., 396, 531 s. e PUCCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, 2007, 52 s., il quale ultimo ha addirittura individuato una «terza» accezione della colpa in versione «causale».

¹³⁹ Non si tratta di concetti reciprocamente impliciti. Si prendano ad esempio due casi opposti: nelle obbligazioni del professionista, se l'attività posta in essere dal debitore coincide con il risultato atteso dal creditore, vi sarà adempimento indipendentemente dal fatto che il primo abbia

Il debitore potrà liberarsi solo provando che la prestazione così concepita sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile, vale a dire nonostante l'impiego dello sforzo richiesto dall'art. 1176 cod. civ. per conservare la prestazione possibile. Anche l'art. 1176 cod. civ., al pari dell'art. 1218 cod. civ., è quindi norma sulla responsabilità, rilevante però solo in sede di prova liberatoria.

Stando così le cose, la citata distinzione – peraltro sprovvista di un qualsiasi addentellato normativo¹⁴⁰ – non può scalfire il fondamento della responsabilità *ex contractu*, che il dettato legislativo e l'intero sistema vogliono unico ed oggettivo.

La critica all'incidenza della distinzione sul piano del riparto probatorio viene infine da sé. In linea con l'interpretazione dell'art. 2697 cod. civ. che mette in rilievo il suo carattere di «norma in bianco»¹⁴¹, le regole sull'onere della prova non si possono mutare senza modificare contestualmente la disciplina sostanziale della fattispecie. In altre parole, accollare al creditore l'obbligo di provare, solo

impiegato o meno la diligenza *ex art.* 1176 cod. civ.; quando invece l'attività non soddisfa l'interesse immediato del creditore, il debitore sarà da considerare inadempiente nonostante egli provi di aver tenuto un comportamento non colpevole. Qui però si rende necessaria una precisazione. A differenza delle obbligazioni del professionista, laddove è richiesto un *facere* abile, ovvero perito, diverso e non sovrapponibile al parametro della colpa rilevante *ex art.* 1176, comma 1°, cod. civ., nelle obbligazioni «di mera diligenza» diverse da quelle del professionista, per le quali il debitore è obbligato ad un *facere quantum possum*, l'inadempimento, coincidendo con il mancato impiego della diligenza del buon padre di famiglia, sarà sempre anche colposo. Ove invero «il contenuto dell'obbligo primario di prestazione sia limitato agli atti corrispondenti alla “*diligentia boni patrisfamilias*”, non possono verificarsi le ipotesi, proprie delle obbligazioni di risultato [e di quelle del professionista], in cui l'adempimento richiede uno sforzo superiore all'ordinaria diligenza, ossia le ipotesi di impotenza scusabile»: così MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 217. Tuttavia, questa ultima sovrapponibilità altro non è che una semplice coincidenza. Anche BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 157 s., richiama l'attenzione sulla distinzione tra accezione oggettiva e soggettiva della *colpa*, latamente intesa: «altro è l'inesattezza della prestazione quale fattispecie d'inadempimento, altro è la colpa come fondamento dell'imputazione di questa fattispecie in capo al debitore».

¹⁴⁰ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1988, sub artt. 1460-1462, 71 e ALPA-BESSONE-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, nel *Trattato Rescigno*, XIV, Utet, 1995, 85.

¹⁴¹ L'espressione è di ANDRIOLI, voce «Prova. (Diritto processuale civile)», nel *Novissimo Digesto it.*, Utet, 1967, 293. Cfr. anche MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 225 e SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 420, secondo il quale l'art. 2697 cod. civ. «non è idoneo a risolvere, nei singoli casi, il problema se un dato fatto interveniente in una data fattispecie debba essere provato, e da chi. (...) Questa insufficienza (o meglio, questa natura di norma in bianco) propria dell'art. 2697 c.c. viene colmata con l'aiuto del diritto materiale». Più recentemente, TARUFFO, voce «Onere della prova», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, 1995, 65 s. e PATTI, *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, 2010, 48 s.

nelle obbligazioni cd. «di mezzi», l'inadempimento¹⁴², ovvero la colpa del debitore, significa elevare quest'ultima a momento fondamentale della fattispecie responsabilità, *id est* variarne la disciplina sostanziale.

Ad esito non diverso giunge infine chi, pur presupponendo che in entrambi i casi spetti al creditore la prova dell'inadempimento, che divergerebbe solo sotto il profilo contenutistico, ricolloca l'incidenza probatoria della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nella prova liberatoria a carico del debitore. Secondo questa impostazione, il caso fortuito è idoneo a liberare il debitore di un'obbligazione di risultato, tale efficacia non può parimenti dispiegarsi nelle obbligazioni di mezzi, posto che a fronte di un comportamento che già si assume – in quanto inadempiente – *colpevole*, a nulla potrebbe rilevare il successivo intervento liberatorio del fortuito¹⁴³. Mentre, quindi, nelle obbligazioni di risultato il debitore potrebbe liberarsi provando il fortuito, tale possibilità gli sarebbe preclusa in quelle di mezzi.

Ma a ben vedere, hanno ragione i critici laddove attribuiscono a questa prospettiva il medesimo errore imputato alle precedenti: anche in questo caso, invero, si finisce per attribuire rilievo sostanziale alla colpa del debitore, finendo inevitabilmente per sovvertire la fattispecie di responsabilità e quindi la natura stessa dell'obbligazione¹⁴⁴.

4. Segue: obbligazioni di mezzi e di risultato alla ricerca del «ruolo perduto»...

A fronte di un simile groviglio interpretativo, originato dalla distinzione in parola, è opportuno mettere a fuoco sin d'ora quale ruolo – ammesso che, una volta accolte le critiche di cui al paragrafo precedente, ne residui uno – possa essere ascritto alla dicotomia mezzi-risultato.

¹⁴² Cfr. TUNC, *op. cit.*, 138 ss.

¹⁴³ Questa l'ipotesi costruttiva dei MAZEAUD, *op. cit.*, n. 670, 622.

¹⁴⁴ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 225.

Ebbene, anche la dottrina più ostile sembra non voler cancellare la distinzione dall'intero panorama giuridico teorico-applicativo. La costante attenzione dedicata all'argomento ne è la riprova: la continua ricerca di una qualche funzione giuridica condotta da innumerevoli ed illustri autori nell'ultimo secolo mostra invero come la dicotomia, pur tanto avversata, sia in realtà irrinunciabile.

Due sono gli aspetti che, nonostante la loro valenza molto più descrittiva che dogmatica, meritano attenzione.

In primis l'idoneità della distinzione ad incidere non sugli elementi costitutivi del giudizio di inadempimento, né sul riparto del relativo onere, bensì semplicemente sul diverso atteggiarsi del giudizio in relazione al contenuto *in concreto* delle singole prove, che in astratto rimane il medesimo¹⁴⁵.

E' il parametro funzionale al giudizio di corrispondenza al programma prestazionale ad assumere carattere diverso: nelle obbligazioni di risultato esso è stabilmente fissato, appunto, nel risultato specificatamente concordato dalle parti e perciò individuabile *a priori*; nelle obbligazioni di mezzi, invece, il parametro (interesse immediato del creditore), pur non coincidendo con l'astratto e relativo «agire diligente», non è isolabile *a priori*, ma ricavabile – per via induttiva – dal sub-risultato in concreto raggiunto dal debitore di mezzi raffrontato alle circostanze concrete in cui si è trovato ad agire, alle caratteristiche dell'incarico che gli è stato conferito e, anche se solo con valenza prospettica, all'interesse ultimo, o mediato, del creditore¹⁴⁶. Il giudizio di inadempimento, dunque, se è univoco per le obbligazioni di risultato laddove l'esito attendibile è fisso, nelle obbligazioni di mezzi si presta potenzialmente ad esiti differenti in ragione della

¹⁴⁵ Cfr. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 83 ss.; PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, 710.

¹⁴⁶ Tali parametri concreti non devono indurre a pensare che si sia tornati ad una concezione soggettiva dell'inadempimento: cfr. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, 144.

«mobilità»¹⁴⁷ della variabile «risultato». Ed è onere del creditore allegare la consistenza fattuale del (sub-)risultato atteso, cristallizzando il parametro di riferimento¹⁴⁸.

Ciò porta inevitabilmente con sé una conseguenza pratica rilevante in tema di contestabilità, *ex latere debitoris*, dell'inadempimento allegato dal creditore. Mentre il debitore di risultato, in ragione dell'autoevidente divario tra obiettivo ottenuto e obiettivo – unico possibile – atteso, avrà ben poche *chance* di contestare utilmente l'inadempimento, tale possibilità rimane praticabile per il debitore di mezzi che metta in dubbio l'adeguatezza del risultato assunto a parametro dell'attività espletata, che abbiamo detto essere una variabile.

A ragione si è dunque parlato della rilevanza della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato in termini, rispettivamente, di «controvertibilità» ed «incontrovertibilità» dell'inadempimento¹⁴⁹: essendo tale difesa¹⁵⁰ consentita al debitore di mezzi, e processualmente preclusa – *rectius*, vana, posto che si ridurrebbe ad una «generica contestazione dell'evidenza»¹⁵¹ – allorché l'obbligazione sia di risultato.

Considerazione non di poco momento, se si muove dalla consapevolezza delle difficoltà che la prova liberatoria – che dopo le sezioni unite del 2001,

¹⁴⁷ Cfr. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, 146 e prima di lui, DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 39.

¹⁴⁸ L'importanza della corretta individuazione del parametro di riferimento per il giudizio di inadempimento nelle obbligazioni cd. di mezzi è esaurientemente messo in luce da PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 329, di cui sembra opportuno riportare per esteso un passaggio: «La dottrina prevalente (...), nell'ansia di liberarsi da una categorizzazione ingombrante commette poi l'errore di respingere in toto la configurazione, e assimila in un'unica figura tutte le obbligazioni, a prescindere dal loro contenuto, precludendosi così la possibilità di individuare il *corretto termine di riferimento dell'obbligo* [corsivo aggiunto] e della correlativa responsabilità. E invero, se la distinzione non vale a introdurre una differenziazione sul piano della disciplina, essa è invece sommamente opportuna sul piano *descrittivo*, sul piano della *individuazione dell'oggetto* della prestazione, rispetto al quale si dovrà poi valutare l'adempimento o l'inadempimento del debitore».

¹⁴⁹ PIRAINO, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit.

¹⁵⁰ Sulla distinzione tra mera difesa (contestazione dei fatti costitutivi dell'azione) ed eccezione (deduzione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi), cfr. Oriani, voce «Eccezione», nel *Dig. IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., VII, Utet, 1991, 265 s.

¹⁵¹ PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 145 ss.

potremmo definire anche come prova contraria¹⁵² – dell'impossibilità sopravvenuta e non imputabile della prestazione porta con sé sul piano probatorio.

E proprio il terreno dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione costituisce il secondo ambito in cui la distinzione mezzi/risultato ha sicura incidenza. Così, nelle obbligazioni di risultato, venendo in rilievo quell'unico interesse (finale) del creditore dedotto in obbligazione, l'impossibilità sarà circoscritta all'ipotesi dell'impossibilità di realizzazione del risultato, ovvero della prestazione; in quelle di mezzi, invece, l'area dell'impossibilità rilevante è destinata ad estendersi oltre all'impossibilità della prestazione *stricto sensu*, ovvero del cd. interesse immediato del creditore, fino a comprendere anche l'impossibilità sopravvenuta di realizzazione dell'interesse finale, o mediato, del creditore. Sappiamo invero che pur rimanendo estraneo al *vinculum iuris*, l'interesse finale del creditore di una obbligazione di mezzi – nel nostro caso, la guarigione per il paziente – informa di sé, pur sempre e solo teleologicamente, la prestazione dovuta; ebbene, questa non potrà che subirne le sorti, posto che inconcepibile è un'attività volta alla realizzazione di un obiettivo impossibile¹⁵³.

5. Segue: ... in punto di prova del nesso di causalità

Ciò premesso, la questione più interessante per il fine che muove il presente lavoro è sicuramente verificare la possibilità che la distinzione tra mezzi e risultato possa in qualche modo influenzare il dato causale. In altri termini, il fatto che quella del medico sia una tipica obbligazione di mezzi esplica un qualche effetto sulla prova del nesso eziologico tra inadempimento e danno patito dal paziente? La risposta al quesito, nonostante il valore più empirico-descrittivo che precettivo, appare particolarmente significativa, quantomeno come passaggio

¹⁵² La mera allegazione dell'inadempimento richiesta dalla giurisprudenza citata (su cui *amplius infra*, par. 8) opera invero come una presunzione.

¹⁵³ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 212.

logico necessario al fine di spiegare l'incidenza della teoria degli obblighi di protezione sul piano causale¹⁵⁴.

La questione ruota attorno alle modalità di percezione del danno contrattualmente rilevante rispetto ai diversi interesse creditori in gioco. Il danno principale sofferto dal creditore, cioè quello che, ragionando ai sensi del 1223 cod. civ., è di più immediata derivazione dall'inadempimento, è invero generalmente quello che attiene all'interesse *ultimo* che ha mosso il creditore a contrarre. Questa osservazione, per quanto scontata, assume una particolare rilevanza per le obbligazioni di mezzi, laddove tale interesse rimane – per le motivazioni viste *supra* – al di fuori del programma obbligatorio.

Ed è proprio tale estraneità rispetto a quanto è direttamente esigibile a porre un problema causale: non essendo infatti il debitore obbligato al soddisfacimento dell'interesse mediato del creditore, la mancata realizzazione di quest'ultimo diviene danno risarcibile solo ove sia eziologicamente connessa all'inadempimento¹⁵⁵.

La concretizzazione in un esempio di tali asserzioni di principio ne renderà più agevole la comprensione. Si pensi ad una donna che, soffrendo di frequenti dolori addominali, per i quali già aveva ottenuto cure mediche in passato, colpita dall'ennesimo episodio acuto si reca al pronto soccorso al fine di ottenere tutti gli accertamenti del caso. Svolte le analisi, la paziente viene dimessa con il referto di «ulcera peptica», avendo il medico omesso di sottoporla ad ulteriori esami che, decisamente consigliabili in casi del genere, avrebbero consentito la diagnosi del

¹⁵⁴ Il tema dell'incidenza della dicotomia mezzi/risultato, nonché di quella obblighi di prestazione/obblighi di protezione sul terreno causale sarà comunque oggetto di una trattazione più esaustiva *infra*, cap. III.

¹⁵⁵ A tale conclusione sembra pervenire anche DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche*, cit., 33, spec. nt. 2, secondo il quale, nelle obbligazioni cd. di mezzi, «Va anche osservato come la considerazione del mancato risultato [finale], se non entra in ballo sotto il profilo della colpa del professionista (il quale risponde solo del mancato e/o insufficiente impiego dei “mezzi”), entra invece in ballo con riguardo al danno-evento e al nesso causale tra questo e l'attività del medico». Ancora più chiaramente poi, ID., *Le tutele contrattuali*, cit., 187. Sia inoltre consentito il rinvio a FACCIOTTI, *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1007 ss.

carcinoma pancreatico che in realtà l'affliggeva. La donna decede a distanza di pochi mesi.

Il delineato contesto fattuale consente di cogliere la differenza – tipica delle obbligazioni di mezzi – tra interesse immediato ed interesse mediato, o finale, del creditore-paziente. Il primo, dedotto in obbligazione e perciò esigibile dal medico, è quello ad ottenere tutti gli accertamenti raccomandabili per il caso di specie, oltre naturalmente ad una diagnosi coerente con i risultati ottenuti; il secondo, comune alla maggior parte dei pazienti e che rimane *fuori* dal programma prestazionale, è quello teso alla eliminazione della malattia o del sintomo per i quali ci si è rivolti al sanitario, e più in generale alla preservazione della salute psico-fisica.

Ebbene, ogniqualvolta, esattamente come in questo caso, l'evento dannoso (morte) sia ricollegato alla lesione dell'interesse finale del paziente (salvaguardia della salute), ponendosi necessariamente in relazione di alterità, strutturale ed ontologica con la fattispecie di inadempimento, esso vedrà la propria risarcibilità condizionata alla sussistenza di un collegamento che lo riconnetta causalmente all'inadempimento: l'omissione medica di pone rispetto all'evento morte in un rapporto di causa-effetto?

Si pone perciò un problema causale, che difficilmente esiste – o comunque è di evidente soluzione – laddove il danno consista nella lesione dell'interesse dedotto nell'obbligazione di risultato, ovvero nei casi esso costituisca un «tutt'uno con l'inadempimento».

Anche qui può essere d'aiuto un esempio. Si pensi ad uomo che, recatosi da un professionista al fine di ottenere il cambiamento di sesso, specificamente in sede di consulenza la volontà di ottenere un nuovo organo sessuale che gli/le permetta di intrattenere rapporti intimi dopo il mutamento di sesso e sia a tal proposito rassicurato dal chirurgo; ciononostante l'aspettativa del paziente viene frustrata nel post-operatorio. In tal caso non vi sarà necessità di provare il nesso di causalità tra l'intervento chirurgico e il pregiudizio patito: la conservazione della

possibilità di svolgere una vita sessuale era interesse creditorio dedotto in contratto, e della cui violazione il sanitario sarà costretto a rispondere¹⁵⁶.

In conclusione, sembra lecito affermare che la dicotomia mezzi-risultato, pur – lo si ribadisce – non interferendo direttamente sul riparto e sul contenuto in senso *sostanziale* degli oneri probatori («a *chi* spetta provare *cosa*»), la cui unicità per entrambe le categorie dell'obbligazione può darsi per assodata, finisce indirettamente con l'incidere, in punto di fatto, sui mezzi che le parti hanno a disposizione e sulle relative problematicità, e quindi sul contenuto in senso *formale*, dei singoli temi di prova.

In particolare, nelle obbligazione di mezzi, quale tradizionalmente è quella del medico, si assiste, da un lato, alla estensione della gamma delle difese esperibili dal debitore (maggiore ampiezza della nozione di impossibilità della prestazione, unitamente alla possibilità di controvertire l'inadempimento nella sua oggettiva sussistenza), e dall'altro, al maggior peso e problematicità dell'onere della prova del nesso di causalità tra inadempimento e danno posto a carico del creditore.

6. Prova del nesso di causalità e logiche presuntive: «res ipsa loquitur»

Come già anticipato, l'assetto giurisprudenziale fu per molti anni «sordo» rispetto alle critiche elaborate in dottrina avverso le ripercussioni della distinzione mezzi-risultato sul fondamento della responsabilità da inadempimento e sul riparto dell'onere della prova.

Intorno alla fine degli anni settanta, tuttavia, l'evoluzione sociale e tecnologica che attraversava trasversalmente il Paese determinò un netto mutamento nell'atteggiamento della giurisprudenza di merito e di legittimità rispetto ai casi, sempre più in crescita, di *malpractice* medica. L'abbandono del paternalismo medico in luogo del primato della persona e dei suoi diritti, in

¹⁵⁶ E' fatto realmente accaduto: cfr. CASS., 19.5.2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, 30.

particolare di quello alla salute, divenuto oggetto di tutela diretta, il progresso scientifico e i notevoli risultati raggiunti, idonei a ridurre sensibilmente l'alea connaturale al raggiungimento del risultato sperato, nonché la diffusione e l'incremento della cultura media, cominciavano a rendere «iniquo» il ricorso all'obbligazione di mezzi e alla relativa disciplina «para-aquiliana», in quanto residuo di un'«antica immunità»¹⁵⁷.

Di conseguenza iniziarono a susseguirsi importanti sentenze le quali, se da un lato ribadivano formalmente la natura «di mezzi» dell'obbligazione del medico, dall'altro ne scardinavano l'unitarietà di disciplina, fondando la differenziazione su ragioni prettamente fattuali¹⁵⁸.

In presenza di situazioni di fatto particolarmente chiare, o quantomeno «comuni», giustificate sulla base della non difficoltà, ai sensi dell'art. 2236 cod. civ., dei problemi tecnici da risolvere o della mera «facilità» dell'intervento, la giurisprudenza inizia ad utilizzare degli *escamotage* per alleggerire la posizione processuale del creditore-paziente, sul quale, per giurisprudenza costante, gravava la prova della colpa del medico, nonché del nesso di causalità tra quest'ultima e il danno.

Come osservato da attenta dottrina, non è affatto semplice «tracciare una chiara linea di demarcazione tra i diversi strumenti»¹⁵⁹ in questione; tuttavia sembra che, almeno in questa prima fase, gli espedienti tecnico-giuridici utilizzati dalla giurisprudenza per ridimensionare gli oneri probatori del paziente possano essere in linea di massima raggruppabili in due categorie: le presunzioni semplici da un lato, ed i meccanismi di inversione degli oneri probatori dall'altro.

¹⁵⁷ Cfr. CARUSI, *op. cit.*, 488. Cfr. anche CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, cit., 120 e STANZIONE-ZAMBRANO, *op. cit.*, 60. Per un approfondimento ragionato sull'evoluzione del rapporto medico-paziente, cfr. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Giuffrè, 1993, 1 ss. Che alla base del cambio di registro da parte della giurisprudenza vi fossero prevalentemente ragioni di *policy* lo sottolinea anche DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema*, cit., 444 s. e PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 55.

¹⁵⁸ Sottolinea correttamente PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 70, che, in tali casi, l'attribuzione della responsabilità avviene «non tanto in forza dell'acquisizione degli specifici e tradizionali elementi di prova idonei a confortare l'imputazione dell'evento al convenuto, ma piuttosto in ragione dell'appartenenza della fattispecie ad una classe più ampia di vicende, tutte contraddistinte dall'elevata probabilità di realizzazione dell'evento sperato».

¹⁵⁹ PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 57.

Pur poggiando entrambe sul meccanismo presuntivo, tali figure presentano – è già il caso di anticipare – un’importante differenza: le prime sono ammesse nel nostro ordinamento ove non espressamente vietate e possono sorreggere la prova di un fatto solo se gravi, precise, e concordanti; le seconde invece costituiscono eccezioni alla regola generale di cui all’art. 2697 cod. civ., ed in quanto tali, accoglibili solo ove espressamente previste dalla legge.

E’ perciò opportuno sin d’ora presente che, pur nella consapevolezza dell’atipicità che caratterizza la materia della responsabilità sanitaria, la quale non a caso è stata definita «un sottosistema della responsabilità civile»¹⁶⁰ nel quale molto è concesso in ragione della sensibilità degli interessi in gioco, le inversioni degli oneri probatori – ove non previste *ex lege* – si pongono potenzialmente in frizione con l’ordinamento civile¹⁶¹.

Si prendano in considerazione tre pronunce, di particolare importanza perché ciascuna inaugurò l’utilizzo – sovente promiscuo – dei citati meccanismi.

La prima è la sentenza della Suprema Corte n. 3616 del 1972¹⁶², che fece per la prima volta ricorso alla logica presuntiva mediante l’esplicito richiamo al principio di origine anglosassone «*res ipsa loquitur*». Il caso è noto e riguarda la vicenda di una signora che, dopo aver subito nella propria abitazione un trattamento di elettroshock, riportava gravi lesioni traumatiche al braccio, con postumi di permanente invalidità.

Mentre risultava provato l’inadempimento da parte dei medici, i quali avevano omesso delle cautele assolutamente necessarie a quel tipo di trattamento, non risultavano agli atti prove certe – oltre alla successione temporale – circa l’esistenza di un nesso eziologico tra le omissioni in questione e le lesioni riportate dalla paziente.

¹⁶⁰ DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema*, cit.

¹⁶¹ Cfr. TARUFFO, voce «Onere della prova», cit., 77 e PATTI, *Le prove*, cit., 141, secondo il quale «ogni presunzione [*iuris tantum*] giurisprudenziale rappresenta (...) una violazione dell’art. 2697 c.c., in quanto determina una diversa ripartizione dell’onere della prova».

¹⁶² CASS., 15.12.1972, n. 3616, in *Foro it.*, 1973, I, 1474 e in DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema*, cit., 430 ss.

Ciononostante, i giudici ritennero di poter presumere l'esistenza dalle «deteriori modalità dell'intervento a causa delle imprudenti omissioni e delle deficienze» compiute dai sanitari, unitamente all'«estrema gravità della frattura».

L'onere di provare il nesso di causalità, se da un lato rimane astrattamente a carico del paziente danneggiato, dall'altro è alleggerito fino quasi a scomparire: è invero la mera evidenza dei fatti che, osservata attraverso la lente dell'*id quod plerumque accidit*, consente di collegare eziologicamente inadempimento e danno. A questo punto è però d'obbligo una precisazione. La particolarità non sta qui nell'aver utilizzato una massima d'esperienza per inferire l'esistenza del nesso di causa. Quest'ultimo non è invero un fatto, o «accadimento empirico» esistente od esistito *in rerum natura*, al contrario incarna la *qualifica di una relazione* esistente tra due fatti: di conseguenza esso, per natura insuscettibile di percezione, prova o documentazione diretta, dovrà essere sempre accertato in via inferenziale, ovvero mediante il ricorso ad una legge di copertura, o massima di esperienza¹⁶³.

Ebbene, la particolarità della pronuncia in oggetto sta quindi nel *particolare carattere* della massima d'esperienza utilizzata, tipica di ogni giudizio risolto mediante il richiamo al criterio «*res ipsa loquitur*»¹⁶⁴, proprio perché di quest'ultimo costituisce il fondamento. Si tratta dell'alquanto generica massima per la quale «dato x, è evidente che ne sia derivato y»: una regola di mera evidenza, quindi, che rende superfluo il ricorso a qualsiasi legge di copertura scientifica generale o frequenza statistica, poiché si poggia esclusivamente sulla capacità dei fatti «di parlare da soli».

Proprio in questo modo ragionarono i giudici di Cassazione quando ebbero a motivare che «l'accertata rilevanza delle omissioni di cautele (...) in rapporto all'estrema gravità della lesione (...) fanno presumere il rapporto di causalità tra trattamento sanitario (...) e conseguente evento lesivo».

¹⁶³ Sulle massime di esperienza, si v., per tutti, il pregevole quanto a chiarezza contributo di TARUFFO, *Considerazioni sulle massime di esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 551.

¹⁶⁴ La perifrasi, la cui fortuna dipese soprattutto dell'uso che ne fece la giurisprudenza americana, fu in realtà coniata dal barone Pollock, giudice inglese della *Court of Exchequerer*, nel caso *Byrne v. Boadle* del 1863, in *Court of Exchequerer*, 159 *Eng. Rep.* 299, 1863.

Molti autori hanno avuto modo di mettere in guardia gli interpreti dalla potenziale pericolosità, in termini di errore di giudizio, del ricorso a massime di esperienza che, come quella dell'evidenza, siano generiche, imprecise e verosimilmente non verificate, soprattutto ove utilizzate in funzione epistemica¹⁶⁵. Tali considerazioni erano peraltro già note alla giurisprudenza americana della metà del secolo scorso che, nel dar vita alla formula «*res ipsa loquitur*», ne condizionò contestualmente l'applicazione alla ricorrenza di alcuni presupposti quali l'essere il danno di quelli che normalmente non si verificano senza la negligenza di qualcuno, l'evidenza dell'esclusione di altre cause potenzialmente responsabili e la ricomprensione della presunta negligenza nella prospettiva degli obblighi del convenuto verso il danneggiato¹⁶⁶.

Sebbene la pronuncia della Cassazione non abbia fatto esplicito riferimento ai presupposti enucleati oltreoceano, è ugualmente rinvenibile un'istanza idonea a giustificare e legittimare l'impegno, in quel caso, della prova *prima facie*¹⁶⁷, e cioè il fatto che si fosse realizzato proprio l'evento (trauma fisico) che le norme cautelari violate dai medici (svolgimento del trattamento in luoghi idonei, su

¹⁶⁵ Cfr. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime di esperienza*, cit., il quale parla di funzione «epistemica» allorchè la massima non sia utilizzata in chiave ricostruttiva, per formulare un'ipotesi, ma venga posta, a fini propriamente conoscitivi, a fondamento dell'accertamento giudiziale dei fatti. Lo stesso a., premessi i rischi di errore connessi all'impiego di tale strumento di indagine, ricostruisce un codice di «regole» per disciplinarne l'utilizzo: 1) la massima non può attribuire un valore conoscitivo superiore a quello del suo fondamento; 2) se la massima è generica, potrà essere sconsigliata anche da un solo controesempio; 3) non può essere contraddetta dalle conoscenze scientifiche disponibili, né da altre massime di esperienza.

¹⁶⁶ Cfr. la bibliografia riportata da FINESCHI, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, 419 ss., spec. 428.

¹⁶⁷ Si tratta di un riferimento consapevole al concetto di prova *prima facie*, o, alla tedesca, di *Anscheinsbeweis* (su cui, ROMMÉ, *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*, Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1989, *passim* e TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1992, 739 ss.). E' vero che quest'ultima non è del tutto coincidente con il risultato dell'impiego del criterio «*res ipsa loquitur*», in quanto ne diverge per il fatto di presupporre la *preventiva individuazione, da parte dell'attore, di un fattore specifico*, dal quale poi inferire, *prima facie*, il collegamento causale. Tuttavia il caso affrontato da Cass. n. 3616/1972 rientra a pieno titolo in quest'ipotesi particolare, giusta l'individuazione e la prova della condotta omissiva dei medici. Piuttosto ciò che la sentenza rievoca tecnicamente è il principio «*res ipsa loquitur*», il quale, come vedremo nel paragrafo successivo, nelle sue ordinarie applicazioni, bypassa l'individuazione della condotta inadempitiva, inferendola, insieme alla efficienza causale dal solo risultato peggiorativo. La differenza tra i due meccanismi è perfettamente colta da IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, liberamente reperibile *on line*, 30 s.

lettini dotati di apposite sponde, mediante la somministrazione di miorilassanti, ecc.: il cd. «elettroshock protetto») miravano ad evitare¹⁶⁸.

E' legittimo a questo punto chiedersi se lo strumento induttivo illustrato, astrattamente riconducibile, per la portata estremamente generalista, a quelle che alcuni autori hanno sagacemente chiamato presunzioni «super-semplici»¹⁶⁹, non si limiti in realtà ad abbattere il *quantum* richiesto per la prova, ma finisca per determinare una modifica del riparto degli oneri probatori tra le parti, che pone tradizionalmente la prova del nesso eziologico in capo al creditore-paziente. Senza voler approfondire il tema del *discrimen* tra criteri di accertamento del nesso di derivazione causale – ai quali questo particolare impiego del criterio «*res ipsa loquitur*» sembrerebbe appartenere – e relativo riparto dell'onere probatorio, tema sul quale ci si soffermerà più avanti¹⁷⁰, ci si limiti qui ad evidenziare come il dubbio avanzato non sia affatto d'immediata soluzione¹⁷¹.

Da un lato, invero, è possibile escludere tale ipotesi argomentando dalla facoltà, *ex latere debitoris*, di difendersi fornendo una semplice controprova (inesistenza o diversità dei fatti rispetto alla loro apparenza *prima facie*), senza essere costretto ad individuare quel particolare fattore, estraneo alla propria sfera di dominabilità, che ha causato il danno; dall'altro, tuttavia, è stato correttamente osservato come sia in concreto impossibile limitarsi a scardinare efficacemente un'ipotesi ricostruttiva così vaga e disancorata da qualsivoglia aggancio fattuale, senza individuare il diverso fattore causalmente rilevante¹⁷².

¹⁶⁸ Come osservato da attenta dottrina, si tratta di una delle prime applicazioni, seppur inconsapevole, del «principio dello scopo della norma violata», non quale criterio teso a circoscrivere le ipotesi di colpa rilevanti ai fini dell'imputabilità dell'illecito (cfr. BARCELLONA, «Scopo della norma violata», *interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 311), bensì quale condizione legittimante il ricorso alla prova *prima facie*: cfr. PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 73, spec. nt. 158.

¹⁶⁹ Così, testualmente, PATTI, *Spunti di teoria generale sull'onere della prova (anche in relazione al diritto tributario)*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 679, il quale riferisce l'aggettivo superlativo alla scarsa, se non inesistente, efficacia euristica della massima d'esperienza utilizzata.

¹⁷⁰ V. *infra*, par. 12.

¹⁷¹ La difficoltà è rilevata, tra gli altri, da PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 57.

¹⁷² Così, ad es., TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 746 s., secondo il quale meccanismi del genere non costituiscono una «*probatio inferior*», ma una vera e propria «presunzione legale», poiché a fronte di un mero onere di allegazione in capo all'attore, si contrappone l'onere, in capo al convenuto, di dare la piena prova negativa del fatto. Simili

Si tratta comunque, come già notato, di fattispecie difficilmente inquadrabili in precise categorie in ragione del loro stretto – per non dire simbiotico – legame con le circostanze concrete e fattuali dalle quali prendono le mosse.

7. Interventi di facile/difficile esecuzione ed inversione dell'onere probatorio

Fu sicuramente la giurisprudenza successiva ad impiegare il principio «*res ipsa loquitur*» quale fondamento di una vera e propria inversione dell'onere probatorio, quantomeno nell'ottica del riparto «para-aquiliano» al tempo vigente.

Il riferimento è all'introduzione della distinzione tra interventi di difficile e facile esecuzione, coniata dalla nota sentenza della Suprema Corte n. 6141 del 1978¹⁷³: mentre per i primi la disciplina rimaneva quella delineata in passato, che poneva a carico del creditore la prova della colpa del debitore e quella del nesso di causalità tra questa ed il danno prodotto, per i secondi si delineavano soluzioni che, ribaltando gli oneri probatori, agevolavano la posizione processuale del paziente-creditore.

Il caso da cui prese le mosse l'enunciazione del principio fu quello di un signore affetto da platismo plantare (cd. sindrome del «piede piatto») che, dopo essersi sottoposto ad intervento chirurgico teso all'eliminazione del difetto e

preoccupazioni sono manifestate anche da IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Cedam, 2004, 138 ss. Ad ogni modo si aggiunga che, come messo giustamente in luce da alcuni autori, indipendentemente dai presunti risvolti in ordine al carico probatorio della parti, tali presunzioni «super-semplici» sarebbero in ogni caso, per il convenuto, addirittura più pericolose degli stessi meccanismi di inversione dell'onere probatorio, in quanto potenzialmente lesive delle regole del contraddittorio. Il convenuto potrebbe invero subire sentenze «a sorpresa», fondate implicitamente su tali presunzioni, e aventi perciò ad oggetto giudizi rispetto ai quali egli non ha avvertito, legittimamente, la necessità di difendersi. A tale esito non condurrebbero invece le presunzioni relative che, previste *ex lege* o almeno enunciate dal giudice nella fase iniziale del processo, pur appesantendo l'onere probatorio del convenuto gli avrebbero quantomeno consentito di preparare una difesa: cfr. PATTI, *Spunti di teoria generale sull'onere della prova*, cit., 680; similmente TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 755 s.

¹⁷³ CASS., 21.12.1978, n. 6141, cit.

mantenuto l'ingessatura per alcuni mesi, si ritrovava con un piede distorto ed incurvato verso l'alto, con aggravamento dei problemi di deambulazione.

Secondo il ragionamento della Cassazione, una volta che il paziente abbia provato che l'intervento a cui si è sotto posto era di facile esecuzione e che a questo sia comunque seguito un peggioramento delle condizioni (essendo quelle post-intervento deteriori rispetto a quelle ante-intervento), «*non può non presumersi la inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale*». Tale presunzione, a detta dei giudici, si fonda sull'*id quod plerumque accidit* ed in particolare su quella regola di comune esperienza tipica del settore chirurgico, in virtù della quale «se l'intervento operatorio è di facile esecuzione, il risultato positivo, in vista del quale il cliente si è affidato al chirurgo, è di regola conseguente all'intervento operatorio ed alle successive prestazioni post-operatorie; salvo il sopravvenire di eventi impreveduti ed imprevedibili o l'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili»¹⁷⁴.

Come anticipato in apertura, quindi, in questo caso l'impiego della massima di comune esperienza trascende il piano formale del *quantum* di prova richiesto al fine dell'accertamento dei fatti e finisce sicuramente per modificare il riparto degli oneri probatori tra le parti. Non determina, in particolare, una vera e propria inversione dell'onere, bensì una «*relevatio ab onere probandi*»¹⁷⁵ a favore del paziente, con contestuale appesantimento dell'onere probatorio del medico.

La Corte si preoccupa anche di specificare l'ambito di operatività del meccanismo presuntivo, qualificando come di *facile esecuzione*, o di *routine* – mediante una massima che verrà ripresa per anni dalla giurisprudenza successiva – l'intervento che «non richiede una particolare abilità, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria» tanto che il rischio di esito negativo, o addirittura peggiorativo, è minimo e ricollegabile solo al *casus*. Di converso è

¹⁷⁴ Tale regola incarna uno degli «schemi tipici» o «costellazioni di indizi», ovvero fattispecie precostituite che, ove applicabili, attribuiscono rilevanza ad indizi che da soli *non* sarebbero sufficienti a fondare una vera e propria inferenza presuntiva *ex art. 2729 cod. civ.*: cfr. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 737.

¹⁷⁵ Cfr. TARUFFO, voce «Onere della prova», cit., 77.

difficile, ed in quanto tale inidoneo a giustificare l'alleggerimento probatorio a favore del paziente, l'intervento che «richiede una notevole abilità ed implica un largo margine di rischio».

E' ribadita la natura sempre «di mezzi» dell'obbligazione del medico, ma il relativo riparto dell'onere probatorio («para-aquiliano») rimane solo per gli interventi difficili. In quelli semplici, infatti, al paziente sarà sufficiente provare che il trattamento era di facile esecuzione e che ad esso è seguito – secondo un'accezione non necessariamente causale, essendo sufficiente la successione cronologica degli eventi – un risultato peggiorativo; dovendo invece il medico provare, per liberarsi, l'esecuzione adeguata e diligente della prestazione professionale, nonché la derivazione causale del risultato peggiorativo dal sopravvenire di una causa imprevedibile o preesistente non accertabile.

Nonostante la giurisprudenza – forse influenzata dalla spiegazione che del meccanismo veniva fornita nei Paesi dai quali è stato importato¹⁷⁶ – abbia sempre individuato nel fenomeno illustrato una «presunzione di colpa»¹⁷⁷, la dottrina non ha tardato a porre in evidenza come le ricadute sul piano del diritto sostanziale fossero in realtà ben più incisive.

Se si presta attenzione alla prova liberatoria addossata al medico, emerge come il riparto delineato trasformi quella che i giudici classificano come un'obbligazione di mezzi in un'obbligazione, *de facto*, di risultato¹⁷⁸. Sorvolando

¹⁷⁶ Dove il criterio veniva spiegato mediante il sintagma «*inference of negligence*»: cfr., *ex multis*, *Court of Appeal of California, Clark v. Gibbons*, (1967) 66 Cal. 2d 399, 412 e *Berkey v. Anderson*, (1969) 1 Cal. 3d 790, 803, liberamente reperibili anche *on line*.

¹⁷⁷ E' la stessa giurisprudenza di legittimità che, in numerose sentenze, definisce il principio *res ipsa loquitur*, come «quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza»: cfr., *ex multis*, CASS., 19.5.1999, n. 4852, in *Danno e resp.*, 1999, 1104 e CASS., 4.11.2003, n. 16525, in *Foro it.*, 2004, 779.

¹⁷⁸ Cfr. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 165 s.; ZANA, *op. cit.*, 36, il quale ha visto in Cass. n. 6141/1979 «un primo autorevole (anche se non dichiarato) tentativo di ricondurre il risultato nel contenuto dell'obbligazione del medico sulla base del criterio dell'*id quod plerumque accidit*»; CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, cit., 121; SANTORO, *L'inadempimento*, in *La responsabilità civile*, a cura di CENDON, II, Utet, 1998, 108; PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica [Considerazioni in merito a Cass., nn. 8826/2007 e 14759/2007]*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 446 e ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori?*, cit., 308 s. La giurisprudenza degli anni successivi (cfr. Cass., 22.1.1999, n. 589 e CASS., 19.5.1999, n. 4852, entrambe citt., ma successivamente anche CASS., 16.2.2001, n. 2335, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 598) ha cercato di difendere l'autonomia operativa e funzionale della disciplina

ora sul fraintendimento semantico legato, in tema di inadempimento, al concetto di presunzione di colpa¹⁷⁹, questa vorrebbe invero che il medico potesse liberarsi offrendo semplicemente la corrispondente *prova contraria*, ovvero l'aver agito diligentemente. Gravarlo anche della prova della *causa esterna*, sopravvenuta non prevedibile o preesistente non accertabile, *del risultato peggiorativo* – che, letta ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. rappresenta evidentemente la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile – significa fare del buon esito dell'intervento una vera e propria *prestazione*, ovvero includerlo nel programma obbligatorio. Si disperde quindi la distinzione, tipica delle obbligazioni di mezzi, tra interesse immediato e mediato, o finale, del creditore, poiché anche quest'ultimo colora l'oggetto dell'obbligazione.

La dottrina, nel cercare di descrivere il fenomeno sul piano del riparto probatorio, e ritenendo correttamente insufficiente la spiegazione giurisprudenziale in termini di presunzione di colpa, vi ha accostato una presunzione di causalità¹⁸⁰, arrivando addirittura a ipotizzare una presunzione di responsabilità¹⁸¹.

degli interventi di facile esecuzione dalla contaminazione con il paradigma delle obbligazioni di risultato. Ha invero precisato espressamente che «nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazioni di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente da giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio *res ipsa loquitur* (...)». Si tratta peraltro di un'asserzione puramente tautologica e priva di alcun intento argomentativo; del resto gli oppositori alla distinzione criticano l'idea che esista una differenza in astratto tra le stesse, non prendendo neppure in considerazione l'ipotesi che l'obbligazione medica rientri nell'una o nell'altra categoria. Accolto il significato descrittivo della dicotomia così come illustrato *supra* (parr. 4 e 5) la prova liberatoria introdotta da Cass. n. 6141/1978 conferma inequivocabilmente il passaggio dell'obbligazione medica – per i casi di interventi di facile esecuzione – da un'obbligazione di mezzi ad una di risultato. Il ragionamento è di tipo sillogistico: se per provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione il medico è tenuto a dar prova del fattore esterno che fu causa dell'esito peggiorativo, allora – a meno di non voler sovvertire la disciplina della responsabilità contrattuale – il buon esito dell'intervento non può che diventare oggetto dell'obbligazione. D'altra parte è la medesima giurisprudenza di legittimità ad ammettere, pochi anni dopo, l'esatto contrario, riconoscendo in Cass. n. 6141/1978 «il primo passo verso la sostanziale trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi ad obbligazione di (quasi) risultato»: cfr. CASS., 19.5.2004, n. 9471, cit.

¹⁷⁹ L'osservazione si riconnette alla critica del valore sostanziale della dicotomia mezzi/risultato, su cui *supra*, par. 2; qui nello specifico PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 49, il quale mette in evidenza che la presunzione di negligenza non risolve l'accertamento dell'inadempimento.

¹⁸⁰ Cfr. FRASCA, *Verso un nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di ripartizione degli oneri probatori nel caso di responsabilità contrattuale del medico*, in *La responsabilità medica*,

Spiegazioni che lasciano in realtà perplessi, posto che rileggendo la fattispecie sul presupposto della violazione di un'obbligazione *di risultato*, né l'uno né l'altro accorgimento risulterebbero più necessari. Che senso avrebbe, infatti, indagare sul valore etico del comportamento del medico, o sul nesso di derivazione causale del risultato peggiorativo dalla condotta del medico, quando egli non ha realizzato il fine – guarigione del paziente – che *era obbligato* a soddisfare?

Da un lato, l'assenza di colpa rilevarebbe solo accogliendo la teoria soggettivistica della responsabilità contrattuale, che però sappiamo essere – a maggior ragione trattandosi di un'obbligazione di risultato – oggi superata da quella oggettivistica; dall'altro, il danno lamentato (peggioramento delle condizioni di salute) non è potenziale conseguenza, ma vero e proprio *sintomo* dell'inadempimento, ed in quanto tale incapace di rapportarsi con questo in chiave eziologica¹⁸².

Giuffrè, 1982, 147; PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., 447 s.; GORGONI, *Quando è «più probabile che non l'esatto adempimento»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1600.

¹⁸¹ PUCELLA, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁸² Rileva PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., 454, nt. 36, che «In quelle sentenze [riferendosi alle pronunce in linea con Cass. n. 6141/1978 sugli interventi di *routine*] il tema causale non è seriamente affrontato: ci si limita a richiedere che all'intervento di facile esecuzione sia conseguito un risultato peggiorativo, nel senso che le *condizioni finali del paziente siano deteriori rispetto a quelle preesistenti* (Cass., n. 6141/1978, cit.). Ciò evidenzia che il problema causale sembra qui risolto sul mero *piano descrittivo*. Per altro verso l'insistita accentuazione del profilo dell'*aggravamento* delle condizioni di salute del paziente (o, addirittura, della comparsa di *nuove patologie*) sembra essere finalizzato alla costruzione di un processo di autoevidenza della relazione eziologica in un contesto in cui *res ipsa loquitur*». D'accordo sulla valenza meramente descrittiva del problema causale, più difficilmente se ne comprende la *ratio* così come individuata dall'a. Non sembra essere il principio «*res ipsa loquitur*» a giustificare la dispensabilità del paziente dalla prova del nesso di causa; questo semmai è il supporto empirico che ha consentito la trasformazione dell'obbligazione del medico in obbligazione di risultato (secondo il ragionamento per cui, posta, per ragioni d'*evidenza*, l'insussistenza di aleatorietà dell'esito positivo del trattamento, questo finisce per entrare nell'area del «giuridicamente esigibile»). E' invece proprio l'aver inserito il risultato atteso nell'oggetto dell'obbligazione a spiegare conseguenze dirette sul profilo causale: costituendo il danno – laddove coincidente con la frustrazione dell'aspettativa tutelata del paziente (i.e. interesse positivo) – non la *conseguenza*, bensì l'*in sé* dell'inadempimento, viene da sé l'irrelevanza di qualsiasi indagine causale. La ricostruzione proposta sembra peraltro maggiormente in linea con il contenuto della prova liberatoria individuata dalle pronunce in commento, giacché la prova del «diverso fattore imprevisto ed imprevedibile che fu causa del danno» è perfettamente sovrapponibile all'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore richiesta *ex art.* 1218; mentre qualora l'esonero della prova del nesso eziologico dipendesse, come sembra intendersi l'a., da una particolare applicazione del principio «*res ipsa loquitur*», foriera della

Merita infine attenzione una terza pronuncia della Corte di Cassazione, la n. 6220 del 1988¹⁸³, poiché introduce uno schema probatorio che, pur richiamando i meccanismi applicati dalle due sentenze precedentemente citate, presenta elementi – quantomeno apparentemente – diversi.

Il caso era quello di un signore che, affetto da ernia inguinale, si sottoponeva ad erniotomia, intervento classificato come «di *routine*»; successivamente all'operazione il paziente sviluppava un'atrofia del testicolo destro, che costui addebitava all'inescusabile errore del chirurgo consistito nell'aver lesa e reciso il cd. «canale deferente».

La fattispecie è del tutto simile alle precedenti, ma questa volta la Corte, se da un lato conferma la presunzione di colpa in capo al medico¹⁸⁴, dall'altro torna a richiedere al paziente «la dimostrazione che la patologia (...) è conseguente alla lesione da lui subita nel corso dell'intervento».

Tuttavia, l'intento pur formalmente proclamato dalla giurisprudenza di tornare a gravare il paziente dell'onere di provare il nesso di causalità tra la condotta negligente del medico e il danno¹⁸⁵, è in realtà contraddetto da quanto dalla medesima enunciato poco più in là, in tema di controprova a carico del medico. Viene invero richiesto al sanitario di fornire «la prova della esistenza e della efficienza eziologica di altri fattori – imprevisti, imprevedibili o comunque non superabili mediante la diligenza media richiesta – idonei a provocare il danno».

relativa presunzione causale, dovrebbe a rigore residuare in capo al debitore la possibilità di liberarsi mediante la semplice controprova di insussistenza del nesso.

¹⁸³ CASS., 16.11.1988, n. 6220, in *Mass. Foro it.*, 1988 e, per esteso, in DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema*, cit., 437 ss.

¹⁸⁴ Confermando a chiare lettere un orientamento inaugurato dieci anni prima, la sentenza in questione priva definitivamente di significato alcune pronunce con cui nel frattempo la Corte di Cassazione aveva cercato di ripristinare il modello unico e «para-aquiliano» della responsabilità medica: cfr. CASS., 10.7.1979, n. 3978, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, la quale, contrapponendosi a Cass. n. 6141/1978, affermava che «alla prestazione dovuta dal professionista [nella specie, medico] è estranea ogni presunzione di colpa».

¹⁸⁵ Novità posta in rilievo da PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., 448, spec. nt. 18, il quale, in relazione ad altra pronuncia ripropositiva del medesimo principio (CASS., 15.1.1997, n. 364, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 573, con nota di AR. FUSARO, *Il consenso all'anestesia non si presume*), esclude tuttavia che esso fosse diventato un nuovo e consolidato indirizzo interpretativo.

La specificità della prova positiva richiesta al medico – individuazione del diverso fattore causale – non è compatibile con l’altrettanto positiva prova formalmente imposta al paziente. Secondo le regole processuali ordinarie, alla prova positiva dell’attore si contrappone *in primis* la possibilità, per il convenuto, di fornire la corrispondente prova negativa, secondo lo schema «esistenza/inesistenza del nesso eziologico». Precludere tale possibilità al convenuto, attribuendogli come unica possibilità di salvezza la prova dell’alternativo fattore causale, non può che significare due cose: o si è introdotta una sorta di appesantimento probatorio *ad hoc*, peraltro difficilmente giustificabile se non in chiave *lato sensu* sanzionatoria; oppure, tale restringimento operativo costituisce il risultato dell’implicitamente ammessa possibilità per il paziente di fornire una prova cd. *prima facie*, che come sappiamo non può strutturalmente essere superata mediante una mera difesa proprio in ragione dell’indeterminatezza che la contraddistingue. Ebbene, sembra preferibile questa seconda ipotesi, quantomeno per il fatto che, a differenza della prima, può essere letta in chiave funzionale.

Nonostante quindi mere affermazioni di principio, la Cassazione finisce, mediante una scelta mirata in tema di prova liberatoria, per abbassare, se non azzerare, il *quantum* di prova richiesto al paziente in punto di nesso eziologico, tornando surrettiziamente allo schema adottato da Cass. n. 6141/1978, che rimarrà invariato per diversi anni¹⁸⁶.

Accanto a tali obbligazioni, «di mezzi» nella forma ma «di risultato» nella sostanza, già in passato la giurisprudenza ha individuato, pur sempre come eccezioni, dei casi speciali in cui l’obbligazione del medico poteva essere ufficialmente ricondotta tra quelle «di risultato», eventualità già astrattamente ammessa dalla dottrina maggioritaria¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Cfr. CASS., 8.1.1999, n. 103, cit.;

¹⁸⁷ Cfr. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 36 ss., secondo la quale «La dottrina è propensa a considerare obbligazioni di risultato tutte quelle che concernono un’attività tecnica che non mette in gioco le reazioni incontrollabili dell’organismo umano», come quella «del dentista di eseguire a regola d’arte una protesi dentaria».

L'inclusione del buon esito dell'intervento medico nel programma prestazionale andava, stando al tenore letterale di alcune pronunce, valutata caso per caso, valorizzando per un verso l'esclusione di alcun margine di aleatorietà¹⁸⁸, e per l'altro l'eventuale presenza, tra le parti, di un'esplicita pattuizione in tal senso¹⁸⁹. Tuttavia è possibile rinvenire alcuni settori in cui il ricorso «ufficiale» all'obbligazione di risultato era più frequente: le prestazioni odontoiatriche¹⁹⁰ e di chirurgia estetica¹⁹¹.

La disciplina probatoria applicata in questi casi è identica a quella adottata per gli interventi di facile esecuzione, e cioè si limitava a richiedere al paziente la prova del contratto e l'allegazione del risultato peggiorativo, imponendo al medico.

Il *trans* giurisprudenziale, iniziato a partire dagli anni settanta e conclusosi (solo a parole?) con l'inizio del nostro secolo, è a questo punto più chiaro che mai. Ciò che stava accadendo era una radicale e generale trasformazione dell'obbligazione del medico da obbligazione di mezzi ad obbligazione di risultato, con la conseguente progressiva *elusione della relazione causale* che lega il danno patito alla condotta del medico.

8. Il trapianto delle sezioni unite del 2001 in ambito sanitario

La materia del riparto probatorio nella responsabilità contrattuale subisce, nel 2001, l'impatto travolgente della sentenza della Corte di Cassazione a sezioni

¹⁸⁸ Cfr. SANTORO, *L'inadempimento*, cit., 108.

¹⁸⁹ L'oggetto della pattuizione è strettamente collegato con quanto dichiarato dal medico all'atto dell'assunzione dell'incarico, ovvero all'obbligo di informazione: cfr. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 301 s.

¹⁹⁰ Cfr. TRIB. NAPOLI, 1.7.1972, in *Dir. e giur.*, 1973, 302; APP. CAGLIARI, 10.4.1989, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 664 e PRET. MODENA-FINALE EMILIA, 9.7.1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1032, con nota di CARUSI.

¹⁹¹ Cfr. TRIB. ROMA, 10.10.1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 337 e CASS., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913.

unite n. 13533¹⁹². Seppur non direttamente attinente al profilo causale, questa pronuncia merita la dovuta attenzione in quanto, aprendo (implicitamente) le porte all'abbandono della distinzione – così come delineata in passato – tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato¹⁹³, ha gettato le basi per la costruzione del sistema di responsabilità medica oggi vigente. Ma andiamo con ordine.

La sentenza è intervenuta ad appianare un contrasto che era insorto in dottrina ed in giurisprudenza circa l'onere probatorio da assegnare al creditore che agisse in giudizio per far valere il proprio diritto di credito *ex art. 1453 cod. civ.*, sul presupposto dell'avvenuto inadempimento. Secondo la tesi maggioritaria¹⁹⁴ l'onere suddetto doveva differenziarsi a seconda della natura della domanda promossa dal creditore: una mera allegazione dell'inadempimento, qualora avesse agito per ottenere l'esecuzione dell'obbligazione, spettando invece al debitore fornire la prova dell'avvenuto adempimento; la prova dell'inadempimento, viceversa, per il caso in cui avesse chiesto la risoluzione del contratto (o il risarcimento del danno)¹⁹⁵. La soluzione poggiava sulla pretesa diversità di struttura delle due azioni: essendo l'inadempimento elemento costitutivo unicamente della seconda, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. solo il creditore che avesse agito per la risoluzione o per il risarcimento del danno avrebbe dovuto provarlo. L'orientamento contrapposto, invece, facendo leva sulla pretesa *unitarietà* del regime probatorio, indifferente al tipo di azione esperita, poneva a carico del creditore, oltre naturalmente alla prova del titolo del diritto di credito, la

¹⁹² CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota di MARICONDA, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 707, con nota di VILLA e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 355, con nota di MEOLI.

¹⁹³ Abbandono rafforzato da un ampio *obiter dictum* in CASS., sez. un., 28.7.2005, n. 15781, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 828, con nota di R. VIGLIONE, e siglato definitivamente da CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit.

¹⁹⁴ Cfr., *ex multis*, CASS., 24.6.1982 n. 3838, in *Giust. civ. Mass.*, 1982; CASS., 17.8.1990 n. 8336, in *Rep. giur. it.*, 1990, 440 e CASS., 4.5.1994, n. 4285, in *Giust. civ. Mass.*, 1994.

¹⁹⁵ La giurisprudenza di allora considerava in realtà i soli casi di richiesta di adempimento e di risoluzione, sul presupposto della mera sussidiarietà dell'azione di risarcimento rispetto ai due rimedi principali. Oggi, alla luce dell'affermata *autonomia* dell'azione di risarcimento del danno, la *querelle* in oggetto può essere dunque riletta coinvolgendo anche quest'ultima ed equiparandola, quanto a struttura e relative conseguenze sul piano del riparto probatorio, all'azione di risoluzione.

mera allegazione – e non la prova – dell'inadempimento¹⁹⁶. Inizialmente minoritaria, fu questa l'impostazione che raccolse il consenso delle sezioni unite.

Fondamentale è ripercorrere l'argomentazione posta dal Supremo Collegio a sostegno della tesi sposata, in quanto tra la righe della motivazione trovò per la prima volta espressa applicazione quel principio – di conio, appunto, giurisprudenziale – che riveste oggi un ruolo decisivo nell'allocazione degli oneri probatori in materia di responsabilità medica: il principio di «vicinanza della prova»¹⁹⁷.

A fianco al principio – ricavato dal disposto dell'art. 2697 cod. civ. – della «presunzione di persistenza del diritto», in virtù del quale il diritto di credito si presume sussistente fin tanto che non ne venga dimostrata l'estinzione, fu proprio quello di «vicinanza» o di «riferibilità» della prova ad avere un peso decisivo della presa di posizione delle sezioni unite. Stando al *decisum* della Corte, infatti, l'onere della prova deve essere ripartito «tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto [debitore o creditore] di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione»; di conseguenza, tenuto conto delle difficoltà che potrebbe incontrare il creditore nella prova del fatto negativo di «non aver ricevuto la prestazione», appare coerente ritenere che sia il debitore a dover provare l'adempimento, fatto positivo e riferibile alla sua sfera di azione¹⁹⁸. Unico il regime probatorio, quindi, indipendentemente che si agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, e, si aggiunga, che si agisca facendo valere l'inadempimento totale o l'inadempimento inesatto¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cfr. CASS., 12.2.1988, n. 1530, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce «Vendita», n. 76.

¹⁹⁷ In realtà le esigenze a cui il principio risponde erano già state avvertite da alcune precedenti pronunce della Suprema Corte, senza che però ad esse fosse assegnato un nome, né dignità sostanziale: cfr., ad esempio, CASS., 15.10.1999, n. 11629, in *Foro it.*, 2000, I, 1917.

¹⁹⁸ Eccezione alla regola, secondo le sez. unite in commento, è il caso dell'inadempimento di obbligazioni negative, in quanto non potendo giovare del principio di persistenza del diritto (che nasce solo con la violazione), né di quello di vicinanza della prova (dovendo egli provare un fatto positivo), sarà il creditore a dover provare l'inadempimento.

¹⁹⁹ Prima dell'arresto, invero, l'orientamento assolutamente dominante distingueva il regime probatorio a seconda che il creditore facesse valere un inadempimento totale o un adempimento inesatto, dovendo egli in quest'ultimo caso dar prova dell'inadempimento: cfr., *ex multis*, CASS., 30.12.1992, n. 13757, in *Rep. giur. it.*, 1992, 510; CASS., 24.5.1995, n. 5658, *ivi*, 1995, 17 e CASS., 15.10.1999, n. 11629, *cit.* In dottrina, per tutti, VERDE, *L'onere della prova*, Jovene, 1974,

La giurisprudenza successiva non ha tardato ad applicare il principio dell'*unitarietà del regime probatorio* al particolare settore della responsabilità medica, adeguandolo così ai principi consacrati dalle sezioni unite del 2001.

E' così che la Cassazione, con sentenza n. 10297 del 2004, cancellando con un colpo di spugna la rilevanza sul piano probatorio della distinzione tra interventi di facile/difficile esecuzione²⁰⁰, impone quale unico riparto probatorio possibile quello secondo il quale è sufficiente per il paziente «*allegare l'inadempimento del*

429. Nell'ambito della responsabilità sanitaria, ad esempio, la disciplina differenziata trovava applicazione allorchè si trattasse di mancata informazione da parte del medico (inadempimento totale) o dell'intervento non perito (adempimento inesatto), dovendo il paziente fornire la prova dell'inadempimento solo nel secondo caso (cfr. CASS., 23.5.2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2504, con nota di PARDOLESI). Si osservi che è stata proprio l'erosione di questa differenziazione a sollevare le maggiori critiche dalla dottrina successiva, con echi che si sono propagati fino ai giorni nostri. Secondo alcuni, infatti, sarebbe un errore non differenziare il regime probatorio allorchè il creditore faccia valere non il totale inadempimento, ma l'inesatto adempimento. Quest'ultimo infatti, presupponendo un – seppur parziale – adempimento, da un lato rende inapplicabile il principio di persistenza del diritto, dall'altro rende la relativa prova più agevole per il creditore. La conseguenza più logica sarebbe quindi quella di individuare, per il caso dell'inesatto adempimento, un'eccezione alla regola della «mera allegazione», onerando il creditore della prova dell'inesattezza dell'inadempimento: cfr., ad esempio, DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, cit., nt. 6; MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1571; NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 878 e GAZZARRA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2008, 1006. Si tratta in ogni caso di un orientamento che, a parte alcune isolate pronunce (cfr. CASS., 25.9.2002, n. 13925, in *Arch. civ.*, 2004, 48), non è stato accolto dalla giurisprudenza prevalente (cfr., *ex multis*, CASS., 15.5.2012, n. 7530, in banca dati *DeJure*), secondo la quale «la diversa consistenza dell'inadempimento totale e dell'[in]adempimento inesatto non può giustificare il diverso regime probatorio. In entrambi i casi il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto (...). In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sulla allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento». In dottrina, non sono mancate voci che hanno salutato con favore l'unificazione del regime probatorio relativo all'inadempimento, giustificando l'operazione non solo con il principio di vicinanza della prova, ma anche e soprattutto ricorrendo alle ragioni di coerenza che informano il diritto delle obbligazioni: cfr. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, cit., 83 s.

²⁰⁰ E' invero confermata la rilevanza della distinzione sul piano della *valutazione del grado di diligenza* e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario: cfr. CASS., 13.4.2007, n. 8826, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1428, con nota di PUCELLA. In altre parole, la difficoltà dell'intervento non determinerà più un alleggerimento probatorio per il medico, ma consentirà – peraltro recuperando coerenza con il disposto di cui all'art. 2236 cod. civ. – una valutazione sull'adempimento più «elastica», perché parametrata alle circostanze del caso concreto.

sanitario, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento»²⁰¹.

Dalle Sezioni unite del 2001 è ripreso anche l'argomento principe della nuova regola di riparto, ovvero il principio di vicinanza della prova; stando invero alla giurisprudenza richiamata, nell'obbligazione di cura «l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia “vicina” a chi ha eseguito la prestazione; tanto più che trattandosi di obbligazione professionale il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto»²⁰².

Avendo riguardo ai trascorsi giurisprudenziali in materia, l'operazione compiuta dalla Corte di Cassazione è facilmente spiegabile con l'acquisita rilevanza generale del regime precedentemente ammesso solo per i cd. interventi

²⁰¹ CASS., 28.5.2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, seguita da CASS., 21.6.2004, n. 11488, *ibidem*, 23 e in *Corr. giur.*, 2005, 33, con nota critica di DI MAJO e da CASS., 13.4.2007, n. 8826, cit. Per un'approfondita disamina di tale attività di «trasposizione», v. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 148 s. e IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.*, cit., 17 ss. Tralasciando qui il problema della configurabilità o meno dell'allegazione in termini di «onere» (su cui PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., 54 ss.), in ogni caso risolto in senso positivo dalle sezioni unite in commento, è il caso di accennare al dibattito insorto successivamente e concernente l'individuazione di quale fosse l'oggetto di tale allegazione. Ci si chiedeva se l'allegazione del creditore dovesse essere *specificata*, con obbligo del paziente di indicare gli specifici fatti in cui è consistito l'errore medico, ovvero se fosse sufficiente una *generica* contestazione di colpa (impostazione, questa, accolta da CASS., 19.5.2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, 30, con nota di DE MATTEIS, e in *Dir. e giust.*, 2004, 25, con nota di ROSSETTI). La prima soluzione, che, con alcuni accorgimenti, sarà peraltro accolta dalla pronuncia della Suprema Corte a sezioni unite n. 577/2008, sembra la preferibile per una serie di ragioni: *in primis*, solo l'indicazione degli specifici fatti contestati rende possibile al medico la predisposizione di un'adeguata difesa; se tale contestazione mancasse, egli si troverebbe costretto a fornire la *probatio diabolica* di non aver commesso errori *in qualsiasi fase relazionale con il paziente* (cfr. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in *Contr. e impresa*, 2002, 1002 e, conformemente, BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Giuffrè, 2011, 68); in secondo luogo, come la prova, anche l'allegazione può avere direttamente ad oggetto solo «fatti» e non esiti di giudizi o valutazioni, quali la violazione di un obbligo; infine, come brillantemente osservato da PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., 453, l'onere – tradizionalmente posto a carico del paziente – di provare il nesso di causalità tra il pregiudizio sofferto e l'attività medica sarebbe difficilmente coordinabile con il principio dell'«allegazione generica». L'individuazione dello specifico fatto invero, evitata in sede di allegazione, tornerebbe a rendersi necessaria in sede di prova della causalità, poiché è proprio a tale fatto che va ricollegato eziologicamente il danno subito.

²⁰² CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, cit.

di *routine* e per i casi in cui l'obbligazione del medico potesse essere considerata – per le specifiche circostanze del caso – di risultato.

In particolare, come è stato correttamente osservato, ciò che il precedente indirizzo giustificava in base al principio «*res ipsa loquitur*», viene ora ricondotto al diverso principio, pur sempre di origine giurisprudenziale, di «vicinanza della prova»²⁰³. Il passaggio non è peraltro meramente nominale. L'ammissibilità nel nostro ordinamento del principio di riferibilità della prova, infatti, incontra meno resistenze del primo laddove, rispondendo ad esigenze concrete di giustizia sostanziale, sembra allontanarsi dalle derive «tautologiche» tipiche dei criteri cd. «dell'evidenza», denunciate da parte della dottrina²⁰⁴.

Sembra tuttavia opportuno porre l'attenzione su di un profilo ulteriore. Ad un'attenta analisi è invero possibile constatare come la giurisprudenza in commento sia in realtà andata ben oltre le affermate intenzioni «adeguatrici». Delle sezioni unite del 2001 si recepisce sì l'unitarietà di riparto, ma adattandolo a quella che diventa a tutti gli effetti – nonostante il permanere del riferimento meramente formale alle obbligazioni di mezzi – un'obbligazione di risultato.

Da un lato, infatti, l'inadempimento da allegare consiste nell'«aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie» (mancato raggiungimento del risultato ultimo del trattamento)²⁰⁵, dall'altro il debitore potrà liberarsi provando che la prestazione sia stata correttamente eseguita «*e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile*». Viene dunque ripreso il secondo sintagma

²⁰³ V. SCALAMOGNA, *La ripartizione dell'onere probatorio nella responsabilità medica: l'ultimo (?) «revirement» giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 372 s.

²⁰⁴ TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 739 ss.

²⁰⁵ Così CASS., 28.5.2004, n. 10297, cit. La giurisprudenza successiva, in particolare CASS., 13.4.2007, n. 8826, cit., cerca di prendere le distanze dallo spauracchio delle obbligazioni di risultato – laddove il risultato è tradizionalmente inteso come una realtà fissa e predeterminata – identificando la prestazione richiesta al medico in un'entità variabile e, nello specifico, nel «risultato normalmente ottenibile in base alle circostanze concrete del caso». Tuttavia, come osservato anche da PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., 456 s., il tentativo non sembra essere portato a compimento. Dopo la suddetta formulazione di principio, infatti, la pronuncia finisce comunque per far coincidere l'«anormalità» del risultato con «l'aggravamento dello stato morboso o l'insorgenza di nuova patologia» o con l'«inalterazione rispetto alla situazione che l'intervento medico-chirurgico ha appunto reso necessario»: esiti, dunque, che – per quanto circostanziati – rimarranno pur sempre «incerti».

della prova liberatoria formulato in occasione degli interventi di facile esecuzione, che, ponendosi in aggiunta – e non in alternativa – con la prova dell’esatta esecuzione dell’intervento, trasforma l’obbligazione del medico in obbligazione di risultato, «bypassando» nuovamente il problema causale²⁰⁶ e proseguendo ancora più drasticamente l’opera di aggravamento della posizione processuale del medico, sempre più identificato in un «garante della tutela della salute del paziente»²⁰⁷.

Le sezioni unite del 2001, invece, né si erano spinte fino all’enucleazione della «doppia» prova liberatoria in capo al debitore²⁰⁸, né avevano in alcun modo preso in considerazione il problema dell’onere probatorio sul nesso di causalità²⁰⁹.

Va detto, tuttavia, che tale lacuna, se da un lato ha consentito l’affermazione del riparto tipico delle obbligazioni di risultato con annessa esenzione, in capo all’attore, dalla prova del nesso eziologico, dall’altro ha indotto altra parte della giurisprudenza a recuperare, in punto di causalità, l’orientamento tradizionale che vuole che il nesso eziologico, in quanto elemento costitutivo della responsabilità contrattuale, gravi sulla parte che agisce per ottenere il risarcimento del danno²¹⁰.

²⁰⁶ In dottrina si è significativamente parlato di «evaporazione del nesso causale»: così M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 856.

²⁰⁷ Così DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno e resp.*, 2005, 42.

²⁰⁸ CASS., sez. un., n. 13533/2001, cit., aveva individuato quale oggetto della prova liberatoria posta a carico del debitore solo la dimostrazione dell’«avvenuto adempimento», e non anche l’individuazione del diverso fattore causale del danno.

²⁰⁹ Come osservato da PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit. 453, «Nel richiedere, infatti, che il creditore si limiti ad *allegare* l’altrui inadempimento non risulta del tutto chiaro quale peso rivesta l’accertamento del nesso di causa tra fatto e danno e su quali spalle debba gravare; ancor più, può non risultare di immediata evidenza neppure quale danno vada posto in connessione causale con l’obbligazione medica inadempita»; cfr., altresì, CARINGELLA, *Manuale di Diritto Civile*, III, *Le obbligazioni in generale*, Dike, 2011, 669.

²¹⁰ Il riferimento è a CASS., 18.4.2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257, con nota di ROLFI, in *Resp. civ.*, 2007, 402, con nota di ZAULI, e in *Dir. e giust.*, 2005, n. 27, 25, con nota di PULIATTI, la quale riprende un orientamento pressochè unanime in settori diversi dalla responsabilità medica: *ex multis*, CASS., 1.2.1991, 977, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1379; CASS., 8.5.1993, n. 5325, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 266 e CASS., 26.2.2002, n. 2836, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1373. La pronuncia è stata immediatamente seguita, sempre in ambito medico, da altre pronunce dal tenore analogo: cfr. CASS., 11.11.2005, n. 22894, in *Danno e resp.*, 2006, 214 e CASS., 24.5.2006, n. 12362, in *Mass. Giur. it.*, 2006.

Sorge così, suppur *incidenter*, un contrasto in punto di prova del nesso di causalità, destinato ad essere composto – tuttavia si anticipi, in modo *non* definitivo – dalla nota sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 577/2008²¹¹.

9. Le sezioni unite fanno il punto con Cass. n. 577/2008

Con la sentenza a sezioni unite in commento, la Suprema Corte prende per la prima volta una posizione chiara e netta in punto di riparto probatorio sul nesso di causalità: la prova della causa tra l'azione o l'omissione del sanitario (o dell'ente ospedaliero) e l'evento dannoso non può gravare sul paziente²¹². Quest'ultimo potrà limitarsi ad allegare un inadempimento «qualificato» del medico, ovvero «astrattamente efficiente alla produzione del danno», mentre «competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno»²¹³.

Particolarmente significativa è la spiegazione offerta dalla Corte all'esonero del paziente dalla prova della causalità, connessa al definitivo superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. A giudizio degli ermellini, imporre la prova del nesso al paziente non è altro che il portato, sul piano probatorio, della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Quest'ultima,

²¹¹ CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit. Il caso sotteso è famoso perché ha per lungo tempo interessato le cronache di allora in tema di «malasanità». Sovente richiamato con la locuzione «danno da trasfusione di sangue infetto», il fatto riguardava un signore che, assumendo di aver contratto l'epatite C con le trasfusioni praticategli in occasione di un intervento chirurgico, citava in giudizio il medico operante e la casa di cura privata onde ottenere il risarcimento dei danni patiti. La Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi, oltre che sulla natura della responsabilità dei sanitari, sull'allocazione della prova del nesso di causalità tra la trasfusione di sangue e l'infezione da epatite C; in particolare ci si chiedeva se incombesse o meno al paziente fornire la prova che al momento del ricovero esso non fosse già affetto da epatite.

²¹² Cfr. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, 550 ss., M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, cit., 860 e BUSONI, *op. cit.*, 91.

²¹³ CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit.

infatti, veniva utilizzata per sostenere che mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile. Tuttavia, essendo stata questa possibilità esclusa dall'arresto delle sezioni unite del 2001, che ha affermato l'unitarietà del riparto indipendentemente dall'azione esperita ed – evidentemente – dal tipo di obbligazione violata, è doveroso dedurre, sempre stando al ragionamento delle sezioni unite, che unico sarà anche il riparto della prova sul nesso, sia l'obbligazione del medico di mezzi o di risultato.

Assai più criptica è la citata pronuncia allorchè, nell'ottica di tradurre in concreto il principio dell'unitarietà di riparto, individua l'oggetto dell'onere di allegazione posto a carico del paziente non in «un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno». Difficile cogliere, tra le righe della sentenza, il significato di tale «efficienza causale», la cui necessità è invero liquidata in poche – e per lo più tautologiche – parole: «l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è un qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno».

Per poter individuare il passaggio logico mancante, ma probabilmente presupposto, è necessario fare un passo indietro, alla citata Cass. n. 21619/2007²¹⁴, della quale probabilmente le sezioni unite hanno raccolto l'insegnamento circa l'incidenza della distinzione tra causalità materiale e giuridica in ambito di illecito contrattuale.

In quell'occasione, la terza sezione della Corte, dopo aver ripreso la tradizionale distinzione tra causalità materiale (nesso tra condotta e danno-evento) e causalità giuridica (nesso tra danno-evento e danno-conseguenza), aveva avuto modo di spiegare che mentre nella responsabilità extracontrattuale convivono

²¹⁴ CASS., 16.10.2007, n. 21619, cit.

entrambe le forme della causalità, in quella contrattuale v'è spazio solo per quella giuridica²¹⁵.

L'accertamento del collegamento eziologico tra il fatto e l'evento di danno, necessario in sede aquiliana per individuare il colpevole, quale criterio di imputazione della responsabilità, sarebbe invero del tutto superfluo in ambito contrattuale, dove «il soggetto responsabile è, di regola, il contraente o il debitore rimasto inadempiente». In altre parole, in un'ottica che evidentemente riconosce l'evento dannoso nello stesso inadempimento, nessuna utilità avrebbe l'introduzione *ex post* di un criterio di imputazione di responsabilità, posto che il responsabile è già individuabile *a priori* in virtù della preesistenza di un rapporto obbligatorio tra soggetti determinati.

Se è dunque l'accezione materiale della causalità, che le sezioni unite hanno in mente quando definiscono l'inadempimento «causalmente efficiente» quale unico rilevante, allora la «scoperta» è tanto scontata quanto irrilevante ai fini dell'esclusione in capo al paziente della prova del nesso eziologico tra l'inadempimento e il danno subito. La causalità materiale, sì «sciolta» all'interno del concetto di inadempimento, imputa quest'ultimo al debitore, ma nulla ancora significa in termini di danni concretamente originati dall'inadempimento, per i quali è appunto necessaria la prova della causalità che la tradizione suole chiamare «giuridica».

Se invece per «inadempimento qualificato» le sezioni unite intendono – come sembra peraltro più coerente con il dato testuale – un inadempimento già connesso «giuridicamente» ai danni (-conseguenza) concretamente patiti, allora l'argomento prova troppo. Non tutti gli inadempimenti, soprattutto nell'ambito delle obbligazioni di comportamento, sono in tal senso causalmente rilevanti. Una cosa è dedurre l'esecuzione imperita dell'intervento da parte del chirurgo, altra è riconnettervi il pregiudizio riscontrato dal paziente all'esito dell'intervento. Tra le due fasi del giudizio esiste un *gap* che le sezioni unite hanno dato per scontato,

²¹⁵ Sulla tradizionale distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica v., *amplius, infra*, cap. III, par. 2.

senza alcuna spiegazione plausibile se non quella – già proposta nell’ambito della giurisprudenza degli interventi di facile e difficile esecuzione – di considerare l’obbligazione del medico una *obbligazione di risultato*, laddove il risultato è la guarigione o il miglioramento delle condizioni di salute del paziente.

Ed è proprio qui che si annida il profilo di maggiore criticità dell’arresto giurisprudenziale in commento. Se a parole le sezioni unite pongono alla base del loro argomentare il definitivo superamento della dicotomia mezzi-risultato, di fatto possono esonerare il paziente dalla prova del nesso di causalità tra inadempimento e danno solo facendo rientrare la guarigione o il miglioramento delle condizioni di salute del paziente – interesse ultimo o finale del creditore, di per sé aleatorio – all’interno del programma prestazionale, finendo così, in netta contraddizione con l’intento enunciato, per ammettere l’esistenza dell’obbligazione «di risultato» così come concepita proprio dai fautori della distinzione. Il superamento della dicotomia, basata invero sulla considerazione che tutte le obbligazioni hanno ad oggetto un risultato, fa invero riferimento ad un concetto diverso di risultato, quello «immediato», caro alla tradizione mengoniana²¹⁶, che soprattutto nelle obbligazioni del professionista non coincide con la realizzazione dell’interesse finale del creditore, ma con lo svolgimento «perito», nella sua accezione oggettiva, dell’attività.

10. Segue: L’applicazione del «principio di vicinanza della prova» in ambito causale

Probabilmente già consapevoli della fragilità dogmatica delle ragioni tecnico-giuridiche addotte all’esenzione generale del paziente dalla prova del nesso di causalità tra l’inadempimento allegato e i danni patiti, le sezioni unite introducono, seppur *incidenter*, un ulteriore fondamento alla conclusione assunta, e questa volta di giustizia sostanziale. Il riferimento è, in particolare, al già citato

²¹⁶ V. *supra*, par. 3.

principio di vicinanza o di riferibilità della prova, in virtù del quale i carichi probatori vanno ripartiti tenuto conto della maggiore o minore difficoltà che le parti incontrano nel fornire la relativa prova. Il principio, già utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità al fine di esonerare il creditore dalla prova dell'inadempimento, addossando al debitore la prova positiva dell'esatto adempimento, viene ora riproposto sul versante *causale*, sull'assunto che la prova del nesso eziologico è sicuramente più agevole per il sanitario che per il paziente, totalmente estraneo dai meccanismi dell'eziopatologia medica.

Anche tale argomento, tuttavia, non sembra convincere pienamente.

La dottrina ha invero avuto modo di criticare da un lato, l'astratta ammissibilità del principio quale regola generale di riparto probatorio, concorrente all'art. 2697 cod. civ., e dall'altro la sua effettiva utilità in concreto.

Se è vero che l'art. 2697 cod. civ., dovendosi combinare con la disciplina sostanziale del rapporto²¹⁷, non esaurisce autonomamente il problema del riparto, creando non pochi problemi interpretativi soprattutto quando vi è incertezza sull'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, non è possibile mettere in discussione la valenza generale della suddetta regola, che, prendendo in considerazione ciascun elemento della fattispecie, non lascia alcuna lacuna nel sistema.

Non si vede perciò la ragione per introdurre un'ulteriore regola di riparto, priva peraltro di un fondamento positivo diretto, e idonea a porsi potenzialmente in contrasto con la regola di riparto risultante dall'applicazione dell'art. 2697 cod. civ.

La giurisprudenza, nel tentativo di superare il potenziale conflitto tra diritto positivo da un lato e regola di matrice giurisprudenziale dall'altro, ha cercato di spiegare il principio di vicinanza della prova come il correttivo necessario al fine di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2697 cod. civ.

²¹⁷ Sulla natura di «norma in bianco» dell'art. 2697 cod. civ., cfr. PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., 114 ss.; TARUFFO, voce «Onere della prova», cit., 66 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 159 s. Ricco di spunti, infine, il contributo di RESCIGNO, *Introduzione al vol. 19*, nel *Trattato Rescigno*, 19, Utet, 1999, 14

Si è così visto nel principio in questione l'espressione, sul piano del riparto probatorio, dell'art. 24 Cost., «che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte Cost. 21 aprile 2000 n. 114)²¹⁸». Ma il «salvataggio» non convince, quantomeno se utilizzato al fine giustificare la deroga all'art. 2697 cod. civ. in punto di prova della causalità giuridica.

Anzitutto, il criterio potrebbe essere legittimamente utilizzato allorchè la norma lasci spazio a diverse interpretazioni, facendo prevalere appunto quella costituzionalmente orientata. Questo è invero il meccanismo utilizzato dalle sezioni unite del 2001 per esonerare il creditore dalla prova del fatto negativo dell'inadempimento ed imporre quella positiva dell'adempimento in capo al debitore ²¹⁹ ; risultato ottenuto, appunto, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 1218 e 2697 cod. civ. Il medesimo argomento non potrebbe invece essere speso nell'interpretazione del combinato disposto degli artt. 1223 e 2697 cod. civ., il quale non sembra lasciare spazio ad un'alternativa interpretativa valida alla norma che vede nel nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno un elemento costitutivo della fattispecie «responsabilità contrattuale», ed in quanto tale da addossare al creditore che agisce per il risarcimento²²⁰.

Una precisazione terminologica è inoltre necessaria. Una cosa è l'«estrema difficoltà» o l'«impossibilità» della prova, un'altra è la «minore facilità o

²¹⁸ CORTE COST., 21.4.2000, n. 114, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 197, con nota di MENDOLIA.

²¹⁹ La soluzione adottata non forza l'art. 2697 cod. civ., ma lo applica sul presupposto di una rivista individuazione della struttura della fattispecie sostanziale di riferimento (art. 1218 cod. civ.), secondo la quale «non è l'inadempimento che si pone come fatto costitutivo della domanda di risoluzione [e, a fronte dell'insegnamento di CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, cit., di quella di *risarcimento*], ma è l'adempimento che si pone come fatto estintivo dei diritti sorti con il contratto in favore del creditore coevamente» (così CASS., 28.1.2002, n. 982, in *Riv. not.*, 2002, 1000).

²²⁰ Come saggiamente osservato da NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Giappichelli, 2010, 177 s., «E' vero che ad un riparto dell'onere della prova alternativo rispetto all'art. 2697 c.c. siamo già arrivati in merito all'elemento soggettivo [cosa che peraltro qui si è esclusa per le ragioni di cui alla nt. precedente]. Ma, appunto per questo, è il caso di domandarsi se sia stato opportuno estendere anche al nesso eziologico l'approccio oggi prevalente (...)».

accessibilità» della stessa per una parte piuttosto che per l'altra. Come precisato dalla medesima giurisprudenza costituzionale, il disposto di cui all'art. 24 Cost. interviene per ovviare esclusivamente ai casi di impossibilità o quasi-impossibilità di prova, e non a quelli di semplice difficoltà, concetto peraltro tanto relativo, quanto incerto. Ed è proprio l'incertezza insita nei concetti di «maggiore o minore difficoltà» che, attribuendo un'eccessiva discrezionalità al giudice, pone il principio così come interpretato dalla giurisprudenza in frizione con il diverso principio, questo sì di spessore costituzionale, di certezza del diritto²²¹.

Ma tornando al rapporto medico-paziente, anche a voler ignorare i citati ostacoli di ordine sistematico, non è affatto detto che la prova del nesso causale tra l'errore medico e la patologia insorta sia in generale più agevole per il sanitario che per il paziente. A parte invero il fatto che il paziente può munirsi, al pari del sanitario, di esperti del settore in qualità di consulenti di parte, colmando così le proprie lacune «scientifiche», come ha avuto modo di notare più di qualche autore, molte sono le volte in cui la prova è addirittura più agevole per il paziente, «che manifesta i sintomi, conosce il proprio stile di vita; ha posto in essere le eventuali condotte autolesive; sa, o dovrebbe sapere, tutta la propria storia clinica; è al corrente di episodi di familiarità»²²².

Chiarita la natura meramente *sussidiaria* del principio di vicinanza della prova, idoneo a risolvere dubbi interpretativi legati all'applicazione dell'art. 2697 cod. cod. in combinato disposto con la disciplina sostanziale della singola fattispecie, ma non certo a derogare alle norme poste dal diritto positivo, e considerata la quantomeno dubbia utilità che questo potrebbe svolgere in punto di prova del nesso causale tra errore medico e pregiudizio, pare allora opportuno escludere la bontà del richiamo che ad esso hanno fatto le sezioni unite del 2008.

La conclusione assunta dalla pronuncia in commento si presta infine ad

²²¹ Cfr. SAPONE, *Inesatto adempimento e riparto dell'onere probatorio: tra vicinanza della prova e presunzione di persistenza del diritto*, in *Giur. merito*, 2007, 971 e BUSONI, *op. cit.*, 83, secondo il quale «porre il criterio della vicinanza della prova a strumento principale della ripartizione degli oneri probatori comporta il rischio dell'incertezza del giudizio».

²²² ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori?*, cit., 315 s. Ma cfr. anche NOCCO, *Il «sincretismo causale»*, cit., 177.

essere spiegata secondo una terza linea interpretativa che, in quanto idonea a circoscriverne la portata, sembra quella che meno si presta ad obiezioni di ordine sistematico.

Dopo aver già affermato il principio di diritto in base al quale al paziente compete esclusivamente l'allegazione dell'inadempimento astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, ed aver quindi denunciato la violazione di siffatto principio da parte dei giudici di appello, i quali hanno «posto a carico del paziente (creditore) la prova che al momento del ricovero esso non fosse già affetto da epatite», le sezioni unite inseriscono un'importante osservazione. «Tale dato relativo alle patologie in corso», puntualizza la Corte, «doveva già emergere dai dati anamnestici prossimi e dagli accertamenti ematici di laboratorio, cui il paziente doveva essere sottoposto prima dell'intervento chirurgico e della trasfusione; dati che dovevano essere riportati sulla cartella clinica. A riguardo va condiviso l'orientamento giurisprudenziale (...) secondo cui la difettosa tenuta della cartella clinica naturalmente non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici e la patologia accertata, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato».

Si tratta di un passaggio che non può non destare perplessità. Se gli si attribuisse vera e propria valenza argomentativa – cosa peraltro che la stessa Corte sembra aver voluto evitare inserendolo *in limine* alla motivazione, a principio già enunciato – esso taccerebbe di contraddittorietà l'intera pronuncia.

La giurisprudenza richiamata, infatti, nel circoscrivere l'ammissibilità di meccanismi presuntivi ai casi di «difettosa tenuta della cartella clinica», preoccupandosi peraltro di giustificarne il ricorso mediante ragioni di diritto sostanziale²²³, non fa altro, evidentemente, che individuare una *deroga* alla regola

²²³ Richiamando non solo il principio per cui una parte non può giovare dell'impossibilità, alla medesima imputabile, di fornire una prova, ma anche il principio di vicinanza della prova.

generale che vede il relativo onere probatorio ricadere sul paziente.

Senza contare poi, che il richiamo a meccanismi presuntivi ha senso laddove esista la necessità di fornire una data prova. Non così, stando al principio enunciato dalla Corte, per il nesso causale tra l'inadempimento e il danno, che, «sciogliendosi» all'interno dell'inadempimento «qualificato», non è più autonomo elemento da provare.

E' quindi una circostanza, quella della difettosa tenuta della cartella clinica, che se da un lato spiega più coerentemente, in quanto circoscrive, il *dictat* della Corte, dall'altro è idonea a metterne in serio dubbio l'intera costruzione argomentativa.

11. Inadempimento agli obblighi informativi e nesso di causalità

Oggi nessuna perplessità desta l'assunto per cui, in caso di omessa informazione, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute maturatosi in capo al paziente ancorché la prestazione sia stata correttamente eseguita²²⁴.

Si tratta tuttavia di un importante punto d'arrivo, risultato di un lineare processo dottrinale e giurisprudenziale che ha trasformato l'obbligo d'informazione (circa le finalità, il contenuto, i rischi e le possibili alternative dell'intervento) – parificato a quello di raccogliere un consenso *informato* – da obbligo accessorio e preliminare, privo di autonoma valenza contrattuale²²⁵, ad

²²⁴ Cfr. CASS. 9.02.2010, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2010, 685, con nota di SIMONE.

²²⁵ Cfr. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 16 e DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 1996, II, 215; ID., *La responsabilità medica, tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 1995, 489, secondo le quali l'esclusione della autonoma risarcibilità della violazione dell'obbligo di informazione dipendeva dalla sua natura accessoria e strumentale rispetto al successivo adempimento della prestazione medica. Un parzialmente diverso orientamento, pur escludendo che l'obbligo di informazione potesse assurgere ad oggetto principale dell'obbligazione sanitaria, individuava nella relativa violazione un'ipotesi di responsabilità precontrattuale: cfr. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1450. In giurisprudenza, v. CASS., 15.1.1997, n. 364, cit. e APP. BOLOGNA, 21.11.1996, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 586.

obbligazione *autonoma* rilevante ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., in quanto scaturente da un rapporto di tipo obbligatorio medico-paziente *già* instaurato²²⁶.

Da ciò è automaticamente discesa l'autonoma valenza risarcitoria, in chiave contrattuale, della violazione dell'obbligo d'informazione gravante in capo al medico, indipendentemente dalla correttezza o meno nell'esecuzione del successivo trattamento.

Tale autonomia, peraltro, non si è sempre accompagnata ad un'altrettanto limpida individuazione, non tanto del relativo bene giuridico leso – già in origine individuato nell'ormai conclamato diritto all'autodeterminazione del paziente, così come risultante dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.²²⁷ – quanto delle singole conseguenze in concreto risarcibili.

Nel panorama dottrinale e giurisprudenziale si sono invero alternate soluzioni contrastanti, che hanno individuato il margine di risarcibilità talvolta nella lesione del diritto all'autodeterminazione, ma solo ove si fossero verificate conseguenze pregiudizievoli sul piano della salute²²⁸, talaltra nella sola violazione del diritto all'autodeterminazione, indipendentemente dalla verifica di danni alla salute. Quest'ultima è la tesi oggi unanimemente accolta²²⁹, sul presupposto

²²⁶ Cfr. RIARIO SFORZA, *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. merito*, 2008, 3354; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 342; ID., *La responsabilità medica tra conferma giurisprudenziali e nuove aperture*, cit., 703; A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 201. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, TRIB. VENEZIA, 4.10.2004, in *Giur. merito*, 2005, 1033; CASS., 19.10.2006, n. 22390, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006; CASS. 14.03.2006, n. 5444, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 250, con nota di GREMIGNI FRANCINI. La tesi è oggi pacificamente accolta da CASS., 9.02.2010, n. 2847, cit.

²²⁷ Cfr. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1.

²²⁸ Cfr. GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, 1982, 41 e IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., 280. Tale orientamento nasce prevalentemente dal timore che la risarcibilità della lesione del diritto all'autodeterminazione in sé e per sé considerata, prescindendo dalla prova delle pretese «inafferrabili» conseguenze dannose, finisca per tradire la funzione riparatoria della responsabilità civile, che trova uno dei fondamentali corollari nella distinzione tra danno ed evento dannoso, ovvero nel rifiuto della figura del cd. danno-evento.

²²⁹ Oggi l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione è unanimemente accolta: cfr. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit., 1; CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1037 ss. e GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2140.

che altrimenti si legittimerebbe un pericoloso vuoto di tutela ad un diritto di rango costituzionale, quale quello all'autodeterminazione²³⁰.

Il tema del risarcimento del danno da violazione dell'obbligo di informazione, qui brevemente introdotto, torna utile in quanto offre importanti spunti di riflessione in ambito di prova dell'elemento causale.

A differenza degli altri casi di inadempimento da parte del sanitario, non si è invero (quasi)²³¹ mai revocato in dubbio che il paziente, oltre ad allegare l'omessa informazione del sanitario, dovesse provare l'esistenza del nesso di causalità tra quest'ultima e i danni sviluppati²³².

L'aspetto ancora più sorprendente è che l'assunto, nato in un'epoca in cui – nonostante le numerose e consistenti eccezioni – la regola generale era ancora quella di porre la prova della causalità a carico del paziente, resiste imperturbato al *revirement* attuato dalle sezioni unite del 2008²³³, nonché all'unanime inquadramento dell'obbligo di informazione tra le obbligazioni di risultato²³⁴.

²³⁰ Il timore della coincidenza tra evento lesivo e danno concretamente patito (limpidamente descritto da CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 68) è peraltro fenomeno agilmente evitabile, ponendo in capo al paziente la prova della «materializzazione» della lesione del diritto all'autodeterminazione, diversa dal pregiudizio in termini di salute, e consistente in quella «condizione di turbamento e sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze» – per quanto fisiologiche e prevedibili – «del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate» (così, efficacemente, CASS. 9.02.2010, n. 2847, cit.). In ogni caso non manca chi ha sollevato fondate perplessità sulla richiamata necessità di provare l'esistenza di danni ulteriori – ed evidentemente diversi – dalla lesione del diritto fondamentale, quasi come a quest'ultima non fosse riconosciuta dignità di danno (cfr. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, 2010, 38).

²³¹ V. *infra*, nt. 233.

²³² Cfr., *ex multis*, CASS., 1° 12.1998, n. 12195, in *Danno e resp.*, 1999, 522; CASS., 23.2.2000, n. 2044, in *Giur. it.*, 2000, 2015, con nota di ZUCCARO; CASS., 30.7.2004, n. 14638, *ivi*, 2005, 1395. L'assunto è consolidato anche in dottrina: cfr. RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2010, 313; SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 794; GUERRA, *Lo «spazio risarcitorio» per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, *ibidem*, II, 617 e PALMERINI, *Il «sottosistema» della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*, *ivi*, 2011, I, 468.

²³³ Lucidissima è in proposito CASS. 9.02.2010, n. 2847, cit., seguita da altre pronunce, tra cui CASS., 10.11.2010, n. 22837, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 486, con nota di PALMERINI e CASS., 30.3.2011, n. 7237, in banca dati *DeJure*. La difformità dal regime probatorio affermato da CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit., è criticamente osservata da A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, cit., 201 ss. Un orientamento eccezionalmente difforme il quale, con l'espressione «sono imputabili al medico gli eventi che

Volendo provare a rintracciare le ragioni di questa disparità tra regimi probatori applicati – anticipando peraltro delle osservazioni che verranno riproposte più approfonditamente *infra* – sembra che ad influenzare il ragionamento della giurisprudenza di legittimità sia la particolare *natura dell'interesse leso* ed il suo rapporto di (apparente) eterogeneità con quello dedotto in obbligazione.

E' come se, con riguardo al diritto all'autodeterminazione del paziente, la giurisprudenza intravedesse più lucidamente il distacco tra questo (danno-evento) e le sue ripercussioni sull'integrità psicofisica (erroneamente intese quali danno-conseguenza), e, inquadrato correttamente il legame tra queste ultime e l'inadempimento all'interno della causalità giuridica, non incontrasse alcun imbarazzo nell'allocare il relativo onere probatorio in capo al paziente. Se l'omessa informazione porta automaticamente con sé la lesione dell'autodeterminazione del soggetto, altrettanto non si può dire per i lamentati danni alla salute in conseguenza dell'intervento arbitrario (pur correttamente eseguito): in tal caso, l'orientamento dominante richiede invero che il paziente fornisca la prova che ove correttamente informato, egli non si sarebbe sottoposto all'operazione²³⁵. Argomento che la medesima giurisprudenza si ostina a non

accadono al paziente anche nel corso del trattamento terapeutico, se ne è stata omessa l'informazione», sembra voler ammettere che in caso di omessa informazione il medico sia automaticamente responsabile per ogni danno patito paziente in occasione del trattamento indipendentemente dalla prova del relativo nesso di causalità, è espresso da ultimo in CASS., 21.9.2012, n. 16047, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1573, con nota di GABBANI.

²³⁴ Cfr. NATOLI, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrence*, in *Danno e resp.*, 2000, 732 e NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 522.

²³⁵ La sensazione trova conferma nella lucida argomentazione riportata da CASS. 9.02.2010, n. 2847, cit., secondo cui «Anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio; mentre la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato. Il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente: (a) perchè la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allegghi l'inadempimento altrui e

voler applicare anche ai casi di *malpractice* diversi dall'omessa informazione, nei quali, sebbene lo schema sia pressochè identico, persistono delle difficoltà nel separare il profilo dell'inadempimento dalle ripercussioni dello stesso sulla salute del soggetto.

12. I criteri di accertamento del nesso di causalità: cenni

Parallelamente al contrasto in punto di onere della prova, il nesso di causalità si pone al centro di un'un'altra questione, ancora più spinosa – se possibile – della prima, dato il multiproblematico rapporto tra diritto e scienza: quando può dirsi sussistente, ai fini processuali, il nesso di causalità tra l'errore medico e il danno?

Già parlare di accertamento, come più volte osservato dagli studiosi dell'argomento, è improprio. Accertabile in senso tecnico è solo un «fatto», un «accadimento empirico concretamente verificatosi», e non una *correlazione tra fatti*, quale è la causa. Essa è invero una sovrastruttura, una categoria concepita dall'uomo per organizzare la conoscenza di eventi, in quanto tale non direttamente percepibile né verificabile.

Poichè «frutto di procedimento cognitivo umano», potrà essere verificata solo mediante la rispondenza a schemi di altrettanta umana derivazione, che abbiano, però, la dignità scientifica richiesta dalla necessaria oggettività del giudizio²³⁶.

Gli strumenti che in tale contesto corrono in aiuto all'interprete sono le cd. «leggi di copertura», ovvero leggi di natura di portata generale in quanto estratte,

pretenda per questo il risarcimento (...)). Essa ha inoltre trovato conferme anche nella dottrina, che è arrivata a parlare di danno «non direttamente collegato all'inadempimento», creando peraltro oltre a forti perplessità, problemi di coordinamento con i requisiti per la risarcibilità del danno contrattuale previsti dall'art. 1223 cod. civ.: cfr. BUSONI, *op. cit.*, 166.

²³⁶ Cfr. FLEMING, *Probabilistic Causation in Tort Law*, in *The Canadian Bar Review*, 1989, vol. 68, 661, citato da ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, cit., 70: «La moderna epistemologia scientifica rigetta il concetto newtoniano di causalità fisica preferendo invece concetti causali sulla cui base costruire delle ipotesi e verificando queste ultime con ragionamenti induttivi e prove probabilistiche».

mediante metodo scientifico, dalla constatazione di una uniformità nel succedersi dei fenomeni naturali. La relazione causale, quindi, non può che essere «provata in via inferenziale, ossia dimostrando che esiste una “legge di copertura” riferibile al caso di specie»²³⁷, mediante un ragionamento «nomologico» (fondato su leggi di copertura) e «deduttivo» (perché presuppone la verifica dell’applicabilità della legge generale al caso concreto).

Il ricorso alle «leggi di copertura», tuttavia, non è ancora paradigma sufficiente a fondare un criterio sufficiente per l’accertamento del nesso di causalità, tale essendone solo la premessa. Esse non hanno invero quasi mai valenza universale, ma trovano espressione in frequenze statistiche apprezzabili in termini di probabilità percentuale. Di qui la domanda è d’obbligo: quale percentuale di verificabilità deve soddisfare una legge di copertura affinché possa essere riscontrata dal caso concreto?

Il dibattito si infiammò soprattutto in ambito penale, dove si fronteggiavano due orientamenti opposti: il primo, maggioritario, che riteneva sufficiente una bassa, purchè seria, percentuale di verifica della legge di copertura²³⁸; il secondo, minoritario ma sicuramente più garantista, che richiedeva invece una probabilità di verifica coincidente o prossima alla certezza²³⁹. La rottura fu ricomposta con il famoso arresto delle sezioni unite penali con la sentenza Franzese del 2002²⁴⁰, la quale, pur confermando l’importanza della sussunzione sotto leggi scientifiche, precisò come queste, in ragione dell’ontologica infungibilità tra scienza e diritto, non potessero trovare applicazione diretta nel processo. A tal fine esse dovevano prima vincere la «prova di resistenza» offerta dell’evidenza probatoria raccolta fino a quel momento nel processo, onde testarne la verificabilità nel caso concreto. Si tracciava così definitivamente una linea di

²³⁷ Cfr. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 113 s.

²³⁸ Si tratta delle «serie ed apprezzabili possibilità di successo della condotta impositiva omessa» che la Cassazione Penale riteneva sufficienti a fondare il nesso di causalità omissiva in ambito sanitario: cfr., *ex multis*, CASS. PEN., 12.7.1991, in *Foro it.*, 1992, II, 363, con nota di GIACONA e CASS. PEN., 7.3.1989, in *Riv. pen.*, 1990, 11.

²³⁹ Cfr. in particolare le tre sentenze CASS. PEN., 16.1.2002, n. 1585, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 737, CASS. PEN., 9.3.2001, n. 9780, in *Cass. pen.*, 2002, 159 e CASS. PEN., 28.11.2000, n. 14006, in *Ragiusan*, 2001, 305.

²⁴⁰ CASS. PEN., sez. un., 11.9.2002, n. 30329, in *Cass. pen.*, 2002, 1224 e in *Foro it.*, 2002, II, 601.

demarcazione tra probabilità statistica – di per sé irrilevante ai fini processuali – e probabilità logica o credibilità razionale, unico effettivo criterio di verifica causale.

La questione, risolta in sede penale, sopravviveva in termini parzialmente diversi sul terreno civilistico, dove ci si interrogava circa la necessità o meno di applicare, ai fini dell'accertamento della causalità materiale tra la condotta illecita e il danno, il criterio della probabilità logica introdotto dalla sentenza Franzese.

L'impostazione giurisprudenziale e dottrinale più risalente propendeva per la soluzione positiva²⁴¹; non esistendo invero, tra le leggi civili, una norma specifica sul punto, la causalità materiale doveva essere concepita e verificata avendo riguardo agli artt. 40 e 41 cod. pen., così come interpretati dalla prevalente giurisprudenza penale.

La celebre Cass. 21619/2007²⁴², accogliendo le critiche che iniziavano a farsi avanti in dottrina²⁴³, inaugura invece l'orientamento contrapposto che, sulla scorta della pretesa autonomia dell'ordinamento civile rispetto a quello penale, predica l'inestendibilità al primo del criterio di verifica causale applicato nel secondo. L'assunto poggia fundamentalmente sulla diversità morfologica e

²⁴¹ Cfr., da ultimo, CASS., 4.3.2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45, con commenti di FEOLA e di NOCCO, la quale, come osservato da NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, *ivi*, 2012, 949, «avendo adottato (...) uno *standard* probatorio tendenzialmente elevato, con l'inevitabile contrazione del nesso eziologico civilisticamente rilevante, ha dovuto ricorrere all'utilizzo del danno da perdita di *chance* di sopravvivenza o di guarigione in un settore, come quello della responsabilità sanitaria, laddove esso, sino ad allora, non aveva trovato applicazione, perlomeno in Italia».

²⁴² CASS., 16.10.2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, 43, con nota di PUCCELLA, ma già prima cfr. CASS., 18.4.2005, n. 7997, *cit.* e CASS., 19.5.2006, n. 11755, in *Danno e resp.*, 2006, 1238, con nota di NOCCO, secondo cui «i criteri di accertamento del nesso causale adottati dalla sentenza “Franzese” delle sezioni unite penali – alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale – trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive. Nelle ipotesi di responsabilità civile, soprattutto se si versa in casi di illecito (anche) commissivo, la verifica probabilistica può arrestarsi su soglie meno elevate di accertamento controfattuale».

²⁴³ Cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2003; CAPECCHI, *Le sezioni unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità del medico*, in *Corr. giur.*, 2003, 358; BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Franzese: vecchi e nuovi confini della causalità civile alla luce della sentenza Cass. civ., sez.III, 4 marzo 2004 n.4400 sul danno da perdita di chances*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Ipsoa, 2005, 83 ss.

funzionale della responsabilità da illecito nei due settori del diritto. Posto che la responsabilità penale ha natura *sanzionatoria* e che la relativa sanzione consiste nella privazione della libertà personale, l'ordinamento penale è sostanzialmente costruito sul principio della massima garanzia per l'imputato, operante sia sul versante processuale, che su quello sostanziale. E' proprio in quest'ottica che va letto il criterio della probabilità logica o credibilità razionale impiegato nell'accertamento del nesso di causalità: si tratta invero della traduzione, sul fronte causale, del criterio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», ovvero dell'opzione etica, peraltro necessitata dal principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, della necessità di un grado elevatissimo – praticamente equivalente a quello della certezza – di conferma probatoria.

Tali istanze garantiste non trovano invece ragion d'essere nel diverso fronte civile, dove la responsabilità risponde ad esigenze di *riparazione* del danno, limitandosi ad incidere sul patrimonio dell'autore dell'illecito. Il rango inferiore di bene giuridico compromesso dalla relativa sanzione, in uno con la finalizzazione del sistema alla tutela delle ragioni del danneggiato, più che alla punizione del colpevole (come peraltro dimostrano le plurime ipotesi di responsabilità oggettiva disseminate nel codice civile), fanno propendere per l'adozione di un criterio più elastico, che consenta – sempre entro i limiti della ragionevolezza – più libertà di movimento al giudice.

Tale parametro è stato individuato nella logica del «*più probabile che non*», corrispondente sostanzialmente alla formula nordamericana della «*preponderance of evidence*», secondo la quale ai fini dell'accertamento del nesso di causalità è sufficiente «una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale», attestata sul versante della «probabilità relativa (o “variabile”)»²⁴⁴.

Nonostante l'intervento delle sezioni unite 2008²⁴⁵, le quali, occupandosi anche di questo profilo, hanno accolto il «più probabile che non» quale unico criterio valevole in sede civile per l'accertamento della sussistenza del nesso di

²⁴⁴ CASS., 16.10.2007, n. 21619, cit., 50.

²⁴⁵ Cfr. CASS., sez. un., 11.1.2008, nn. 576 e 581, la prima in *Giust. civ.*, 2009, I, 2533 e la seconda in *Ragiusan*, 2008, 289-290, 214.

causalità tra errore medico e danno, sembra ancora mancare, allo stato, una unanimità di vedute circa la reale portata euristica di tale parametro. Ci si chiede, in sostanza, se il criterio, sicuramente meno rigoroso di quello consacrato dalle sezioni unite penali, da questo diverga solo quantitativamente o anche qualitativamente; ovvero se con esso i giudici civili, interiorizzata la lezione della sentenza Franzese sulla necessaria «prova di resistenza» della legge di copertura, richiedano semplicemente un minor grado di riscontro probatorio della stessa, o se invece si sia tornati indietro nel tempo, quando ci si accontentava dell'astratta percentuale di verificabilità statistica di un determinato evento. L'alternativa interpretativa, sintetizzata a volte tra causalità individuale e causalità generale, altre tra causalità concreta e causalità astratta, non è di così facile soluzione.

A fronte di mere affermazioni di principio che darebbero per scontata la necessità di un riscontro probatorio concreto della legge di copertura²⁴⁶, la giurisprudenza civile utilizza sovente locuzioni e passaggi logici che fanno pensare all'adozione della soluzione opposta. Non si vede invero come altrimenti interpretare le intenzioni della Corte quando si legge che il nesso causale in sede civile «è destinato a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica", o, se si vuole, di politica del diritto, che (...) di volta in volta individuerà i termini dell'*astratta* riconducibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in capo all'agente, secondo un principio guida che potrebbe essere formulato, all'incirca, in termini di rispondenza, da parte dell'autore del fatto illecito, delle conseguenze che "*normalmente*" discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire»²⁴⁷.

²⁴⁶ Cfr. CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 581, cit., par. 8.9, che, pur sondando il profilo causale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, precisa che «Detto standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)».

²⁴⁷ Corsivo dell'autore. Il passaggio è tratto da CASS., 16.10.2007, n. 21619, cit. Ma ancora più significativa CASS., 31.3.2008, n. 8307, in banca dati *DeJure*, che afferma che la prova della

Da qui all'accoglimento di logiche presuntive o legate all'aumento del rischio il passo è breve²⁴⁸. Tuttavia i principi di diritto e la migliore dottrina, in uno con *input* di diverso avviso riscontrabili tra le righe delle medesime sentenze, ci inducono a riconoscere nel «più probabile che non» un criterio che, pur accontentandosi di un riscontro inferiore rispetto a quello dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», richieda pur sempre, dopo l'individuazione della legge di probabilità statistica, una fase di accertamento, *ex post*, della sua *verificabilità nel caso concreto*²⁴⁹. Come acutamente osservato, dovrebbe perciò parlarsi non già di mera «probabilità prevalente», ma di «probabilità *logica* prevalente»²⁵⁰, la quale dovrebbe costituire il corretto canone ermeneutico cui riconnettere tutti i successivi – e spesso ambigui – interventi giurisprudenziali²⁵¹.

Quanto premesso è funzionale al tema qui che maggiormente interessa, posto che consente di analizzare quale genere di relazione leghi il citato criterio di verifica causale con le regole che invece ne ripartiscono il carico probatorio tra le parti.

causalità – evidentemente solo a parole – *specificata* può essere fondata su presunzioni e che il giudice, per superare l'incertezza sul fatto non noto deve fare ricorso ai dati di comune esperienza.

²⁴⁸ Il timore è paventato da NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto*, cit., 168 ss. e 181 s. e da PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., 61, il quale si chiede retoricamente «se l'invocato principio del “più probabile che non” assuma, qui, primaria funzione di contrappeso al criterio dello “elevato grado di credibilità razionale” proprio della giurisprudenza penale, o se, come in realtà sembra, sia dalla Corte inteso come criterio da preferirsi ai (meno rigorosi) parametri di accertamento del nesso di causa già tradizionalmente adottati dalla giurisprudenza civile». Importanti studiosi del diritto processuale hanno peraltro avuto modo di osservare come tali ipotesi di logiche presuntive in potenziale conflitto con la certezza del diritto e il diritto di difesa del convenuto, non potrebbero essere introdotte dalla giurisprudenza, ma dovrebbero trovare ristoro in una specifica previsione legislativa (cfr. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 755). Per un'esauritiva trattazione sull'argomento, v. PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., spec. capp. I e III.

²⁴⁹ A questo si riferisce TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., 128, quando, trattando del criterio della *preponderance of evidence* valevole in campo civile, sottolinea che «il termine “probabilità” non viene qui riferito – come invece accade sovente – alla probabilità come frequenza statistica, o alla probabilità quantitativa in genere, ma al grado di conferma logica che un enunciato riceve sulla base delle prove che ad esso si riferiscono». La conclusione è scontata per CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chance: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 147 ss.

²⁵⁰ Cfr. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., 129 s.: «Se, dunque, vi sono più enunciati sullo stesso fatto che hanno ricevuto conferma probatoria, la regola della prevalenza relativa implica che il giudice scelga come “vero” l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili».

²⁵¹ Dello stesso avviso è IADECOLA, *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Giur. merito*, 2010, 2057b.

Abbracciando invero la deriva stocastica del criterio del «più probabile che non», il consequenziale impatto sul profilo probatorio sarebbe decisamente rilevante. Allocare il peso probatorio ad una o all'altra parte avrebbe invero scarso effetto se poi il nesso causale trovasse conferma nella mera probabilità astratta di sussistenza²⁵². In quest'ottica, anche l'orientamento che prima dell'intervento rivoluzionario delle sezioni unite del 2008 poneva l'onere in capo al paziente figurerebbe quindi come una mera «foglia di fico»²⁵³, dietro alla quale si staglia invero una vera e propria presunzione causale²⁵⁴.

Ma, accolta – come sembra preferibile – l'impostazione opposta, che abbiamo definito della «probabilità logica prevalente», le cose mutano radicalmente, permettendo di recuperare l'*autonomia* tra criteriologia euristica e regole di riparto probatorio propria della tradizione processualcivilistica²⁵⁵. L'allocazione del peso probatorio torna invero a svolgere la duplice funzione di indicatore della parte deputata a fornire gli elementi fattuali che fungeranno da riscontro concreto all'ipotesi causale astratta, nonché di selezione della parte su cui graverà il rischio dell'incertezza dovuta all'insufficienza – pur parametrata alla soglia del 50% – dei dati probatori offerti.

13. La giurisprudenza successiva alle sezioni unite del 2008

I principi enunciati da Cass., sez. un., n. 577/2008, che abbiamo visto esonerare il paziente dalla prova del nesso di causalità tra l'errore medico e il

²⁵² E' questo un'ulteriore modo di interpretare il sintagma dell'«inadempimento *astrattamente idoneo a provocare il danno*» adottato da CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit.: cfr. M. GORGONI, *Quando è «più probabile che non l'esatto adempimento»*, cit., 1601 s.

²⁵³ L'espressione è di NOCCO, *Il «sincretismo causale»*, cit., 182.

²⁵⁴ Cfr. PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 57 s., secondo il quale «La diluizione dell'oggetto di prova (o, per meglio dire, l'attenuazione del rigore nell'accertarne i presupposti costitutivi) consente (...) l'applicazione di un processo inferenziale che conduce al riconoscimento del nesso eziologico qualora l'attore fornisca elementi di prova, di qualsivoglia genere, purchè capaci di creare la convinzione nel giudice che i fatti in questione furono caratterizzati da una relazione qualificata nei termini della causa e dell'effetto»

²⁵⁵ Cfr. TARUFFO, voce «Onere della prova», cit., 74.

danno, non hanno dato vita – nonostante l'autorità dell'organo giudicante da cui sono promanati – ad un orientamento consolidato sul punto.

Sebbene vi sia infatti una copiosa giurisprudenza che ne ha pedissequamente riproposto la geometria²⁵⁶, sono note le pronunce che hanno affermato il principio diametralmente opposto. Proprio su queste sembra quindi opportuno soffermarci, classificandole in tre gruppi distinti.

Il primo gruppo attiene alle sentenze, sia di merito che di legittimità, che, nel ribadire la spettanza al paziente della prova della causalità, non si preoccupano affatto di giustificare – come peraltro richiederebbe la logica processuale – il discostamento dal pronunciamento delle sezioni unite, che sembrano considerare «*tamquam non esset*»²⁵⁷.

Al secondo appartengono altre pronunce che giungono alla medesima conclusione delle precedenti, ma attraverso un «restringimento operativo» dell'area di applicabilità del *dictum* delle sezioni unite del 2008²⁵⁸. Cogliendo i suggerimenti provenienti da una parte della dottrina²⁵⁹, si ritiene invero che la sufficienza del mero *inadempimento qualificato* possa essere predicata solo nel caso in cui l'inadempimento sia imputabile alla struttura sanitaria – come peraltro accadeva nel caso sottoposto alle sezioni unite – e non quando invece debitore sia il medico persona fisica; ciò in ragione dei profili di organizzazione imprenditoriale che connotano gli ospedali, tali da giustificare criteri oggettivi (*rectius*, presuntivi) di imputazione. Sennonchè, pur affiancandoci alla dottrina

²⁵⁶ Cfr. CASS., 14.2.2008, n. 3520, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 948; CASS., 26.1.2010, n. 1524, in *Dir. e giust.*, 2010, 18; CASS., 21.7.2011, n. 15993, in *Giust. civ. mass.*, 2011; CASS., 30.6.2011, n. 14405, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2525; CASS., 9.10.2012, n. 17143, in *Dir. e giust.*, 2012, 818. Vasto anche l'eco delle sezioni unite del 2008 tra la giurisprudenza di merito: APP. FIRENZE, 25.2.2009; TRIB. BOLOGNA, 27.4.2010; TRIB. TRIESTE, 11.10.2011; TRIB. PRATO, 11.8.2011, tutte reperibili in banca dati *Leggi D'Italia*; TRIB. AQUILA, 20.1.2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 459; TRIB. MILANO, 3.2.2012, *ibidem*, 445.

²⁵⁷ CASS., 11.5.2009, n. 10743, in *Giur. it. Rep.*, voce «Sanità e sanitari», 270; CASS., 9.2.2010, n. 2847, cit.; CASS., 27.11.2012, n. 20996, in *Danno e resp.*, 2013, 209; TRIB. BARI, 8.7.2009, in *Giur. it. Rep.*, voce «Sanità e sanitari», 86; TRIB. UDINE, 31.3.2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1600, con nota di GORGONI; TRIB. MILANO, 21.2.2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1104;

²⁵⁸ Così TRIB. ROVERETO, 2.8.2008, in *Danno e resp.*, 2009, 525, con nota di TASSONE e APP. ROMA, 26.1.2010, in banca dati *Leggi D'Italia*.

²⁵⁹ Cfr. già, PRINCIGALLI, La responsabilità del medico, cit., 165 e NICOLUSSI, Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, cit., 874 e 877.

che ha plaudito il tentativo²⁶⁰, non è possibile esimersi dal notare come tale discriminazione disciplinatoria di conio giurisprudenziale sia difficilmente compatibile con i principi generali di riparto probatorio, soprattutto alla luce medesimo titolo di responsabilità ascritta.

L'ultimo filone giurisprudenziale – questa volta solo apparentemente – «dissidente» è quello inaugurato con Cass. n. 975/2009²⁶¹. La peculiarità di tale pronuncia risiede nel fatto che pur premettendo che è a carico del danneggiato non solo «la prova del contratto (o del contatto) e la prova dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie», ma anche «del relativo *nesso di causalità* con l'azione o l'omissione dei sanitari», aggiunge che «l'insuccesso o il parziale successo dell'intervento, nei casi in cui si tratta di intervento con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova del predetto rapporto di causalità», vanificando quanto poco prima enunciato in punto di riparto probatorio²⁶².

Non si vede invero quale differenza sussista tra l'allegazione di un inadempimento «astrattamente idoneo a cagionare il danno» e la prova di un nesso eziologico soddisfattibile mediante il mero riferimento all'«alta probabilità di successo dell'intervento». Lo sforzo processuale richiesto al paziente è in entrambi i casi minimo e, assestandosi su parametri meramente assertivi, non importa la necessità di fornire alcun tipo di riscontro probatorio.

Vano è il tentativo della Corte di giustificare l'assunto in base all'applicazione della logica probabilistica che presiede alla responsabilità civile, posto che nel farlo la Corte cade evidentemente nel frequente errore, denunciato nel paragrafo precedente, legato ad un'interpretazione acritica del criterio del «più probabile che non».

Sulla stessa linea si pone, da ultimo, Cass. n. 20904/2013²⁶³. Dopo aver dichiarato di aderire all'orientamento che pone la prova del nesso di causalità a

²⁶⁰ Cfr. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit., 530.

²⁶¹ CASS., 16.1.2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, 1653, con nota di BONA.

²⁶² Cfr. BUSONI, *op. cit.*, 98.

²⁶³ CASS., 12.9.2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, 33, con nota di ARNONE e in *Diritto & Giustizia 2013*, 13 settembre, con nota di VALERIO.

carico del paziente²⁶⁴, la sentenza identifica il contenuto di detta prova «nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo, che si sarà articolata con comportamenti positivi ed eventualmente omissivi, si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di preteso danno, che è rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato».

Come specificato di seguito dalla medesima Corte, la prova dell'*inserimento* dell'attività sanitaria nella serie causale che ha condotto all'evento dannoso è idonea ad essere soddisfatta mediante la dimostrazione della mera *successione cronologica* degli eventi ricovero-danno²⁶⁵, per mezzo quindi un una relazione che nulla ha a che vedere con un'inferenza causale. Si è dunque di fronte ad un ulteriore tentativo – questa volta peraltro sorretto da un argomentazione tutt'altro che chiara²⁶⁶ – di ottenere un'inversione dell'onere probatorio della causalità non rinunciando tuttavia a mere «parvenze formali» di aderenza ai principi. Che di mera «parvenza» si tratta, è peraltro confermato dalla medesima Corte, laddove, in chiusura, ammette la propria aderenza al *dictat* delle sezioni unite del 2008.

²⁶⁴ CASS., 12.9.2013, n. 20904, cit.: «va premesso che il Collegio condivide il principio di diritto cui ha dichiarato di ispirarsi la Corte territoriale, costantemente ribadito da questa Sezione nel senso che "In tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del contatto) e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari».

²⁶⁵ CASS., 12.9.2013, n. 20904, cit.: «La dimostrazione di uno di tali eventi [dannosi], connotandosi come inadempimento sul piano oggettivo, essendosi essi verificati *a seguito* [corsivo aggiunto] dello svolgimento del rapporto curativo, e, quindi, necessariamente - sul piano della causalità materiale - quale conseguenza del suo svolgimento, è ciò che deve darsi dal danneggiato ai fini della dimostrazione del nesso causale».

²⁶⁶ La Corte spiega che tale «semplificazione probatoria» è il risultato della peculiare applicazione che del nesso di causalità si ha in ambito contrattuale, laddove il rapporto di causalità materiale è implicito nell'assunzione dell'obbligo. Va poi oltre affermando che «L'eventuale dimostrazione, invece, dell'inserimento nella serie causale materiale di eventuali fatti idonei ad elidere ogni rilievo causale dello svolgimento del rapporto curativo e ad assumere rilievo determinante esclusivo, incombeva - trattandosi della causalità in senso giuridico - sulla struttura sanitaria». Ma, come si evidenzierà *infra*, cap. III, attraverso una nebulosa individuazione dei segmenti causalmente rilevanti in ambito di responsabilità contrattuale, la Corte non fa altro che presupporre un'obbligazione di cura che vincola il medico al raggiungimento dell'interesse finale del paziente.

E' necessario infine dar conto di un'ultima impostazione fatta propria da quelle sentenze che, pur accogliendo in astratto il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite del 2008, ne condizionano, pur implicitamente, l'applicabilità alla sussistenza di alcune determinate circostanze.

Il riferimento è a Cass. n. 1538/2010²⁶⁷, dove il caso di *malpractice* sottoposto all'attenzione dei giudici si caratterizzava per la *grave lacunosità della cartella clinica* redatta dal personale sanitario, documento che sappiamo essere di fondamentale rilevanza probatoria ai fini dell'accertamento della correttezza e dell'efficienza causale dell'attività medica espletata. La Corte riconduce tale manchevolezza tra i «fattori possono intervenire (...) ad aggravare l'onere probatorio delle parti in causa», giustificando così una soluzione che – viene da pensare – si presenta come eccezione alla regola.

E le ragioni sottese a tale (presunta) eccezione sembrano più che fondate. Come in precedenza evidenziato, è obbligo del sanitario redigere in modo completo e esaustivo la cartella clinica, di talchè, se dalla violazione di tale obbligo deriva l'impossibilità di trarre elementi utili all'accertamento causale, «le conseguenze» non possono essere valorizzate a danno del paziente che vanta un diritto in relazione alla prestazione sanitaria, ma «rilevano come nesso eziologico presunto»²⁶⁸. Oltre che alle ordinarie regole processualcivilistiche, tale ripensamento in chiave *lato sensu* «sanzionatoria» delle sezioni unite del 2008, delle quali sembra sia stato colto il timido riferimento alla medesima fattispecie concreta²⁶⁹, risponde ai principi di giustizia sostanziale più volte richiamati con il riferimento alla «vicinanza» o «riferibilità» della prova, peraltro qui correttamente interpretati come necessarie vie di fuga ai casi di vera e propria «impossibilità» per il paziente, di fornire la prova.

²⁶⁷ CASS., 26.1.2010, n. 1538, in *Resp. civ.*, 2010, 592.

²⁶⁸ Così M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ.*, 2010, 665.

²⁶⁹ Anche nel caso sottoposto all'attenzione di CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit. si erano infatti registrate gravi manchevolezze nella redazione della cartella clinica, v. *supra*, par. 9.

CAPITOLO III

VERSO UNA RIDISTRIBUZIONE DELL'ONERE PROBATORIO

SOMMARIO: 1. Il danno contrattuale. – 2. Responsabilità da inadempimento e nesso di causalità: la discussa utilità della distinzione tra causalità materiale e giuridica. – 3. L'onere probatorio relativo al nesso di causalità rilevante in sede di responsabilità contrattuale. – 4. Applicazione dei principi generali alla responsabilità medica. – 5. *Discrimen* ontologico tra mezzi e risultato: l'obbligazione di cura di fonte contrattuale. – 6. *Segue*: ipotesi derogatorie. – 7. L'obbligazione di cura di fonte legale: obblighi di protezione tra mezzi e risultato. – 8. Le tecniche di alleggerimento del carico probatorio: il risarcimento della perdita di *chance*. – 9. *Segue*: ...nei casi di *malpractice* medica. – 10. L'ipotesi di una causalità proporzionale. – 11. Note conclusive e prospettive *de iure condendo*

1. Il danno contrattuale

Nel capitolo precedente si è cercato di ripercorrere l'evoluzione delle risposte che la giurisprudenza ha fornito negli anni al problema del nesso di causalità nella responsabilità medica ed in particolare al profilo del riparto probatorio. Il quadro che ne è emerso è disomogeneo, frammentario e, anche laddove ispirato da declamati intenti riordinatori, criticabile nella sostanza delle soluzioni adottate. Le critiche ascrivibili alle impostazioni ripercorse appaiono poggiare su unico argomento: la scarsa – quando esistente – coerenza con il dato normativo.

In questo capitolo si intende perciò compiere un passo indietro: enucleare, richiamandosi alle norme e ai principi generali che informano il diritto delle obbligazioni, gli elementi dell'illecito contrattuale (prima in astratto, poi calandoli al caso della violazione dell'obbligazione di cura) al fine di individuare l'ambito istituzionale di riferimento ove inserire le riflessioni in punto di causalità.

A tal fine, a completamento di quanto riportato nei capitoli precedenti in punto di natura della responsabilità da inadempimento e di oggetto

dell'obbligazione, si introdurrà qui l'elemento del danno cd. *contrattuale*²⁷⁰. Solo dopo aver chiarito natura e struttura di tale particolare danno, che costituisce il termine idoneo a dialogare con l'inadempimento in termini di causalità, sarà possibile delineare con maggior precisione il ruolo che in ambito contrattuale spiega, appunto, il nesso eziologico.

Il danno *contrattuale* nell'accezione lata del termine, vale a dire come pregiudizio derivante dall'inadempimento di qualsiasi obbligazione, è un danno antigiuridico che colpisce l'interesse del creditore alla *corretta esecuzione della prestazione* (cd. *interesse positivo* o interesse all'adempimento) e che si concretizza nella diminuzione economica che tale lesione ha prodotto nella sfera patrimoniale del creditore²⁷¹.

Anzitutto, è opportuno evidenziare fin da subito che il termine generico di «danno» viene sovente impiegato dagli interpreti per indicare concetti diversi tra loro: per danno può intendersi infatti sia l'*evento dannoso*, ovvero il «risultato materiale o giuridico lesivo di un interesse giuridicamente rilevante», sia l'*effetto economico negativo*, o *danno cd. intrinseco*, «quale complessiva sofferenza economica che l'evento lesivo esprime nella sfera patrimoniale del danneggiato»²⁷².

La norma fondamentale in tema di risarcimento c.d. contrattuale, richiamata peraltro anche in sede aquiliana, è l'art. 1223 cod. civ., il quale, nelle sue

²⁷⁰ Scriveva sagacemente CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, 99: «non si può ragionare del danno senza sapere cosa questo sia».

²⁷¹ Sull'argomento, in generale, si v. DE CUPIS, voce «Danno (dir. vig.)», in *Enc. del dir.*, XI, Giuffrè, 1962, 630; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro. it., 1979, sub art. 1223, 245 ss.; DI MAJO, voce «Responsabilità contrattuale», nel *Dig. IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, IV, Utet, 1998, 52 ss.; VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Trattato Rescigno*, 9, Utet, 1984, 195 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, 110 s.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, 2011, 643 ss.

²⁷² Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 246. Le due accezioni guardano il danno da prospettive diverse: la prima (*evento dannoso*) inquadra il danno come *evento naturalistico* in grado di modificare il mondo esteriore; la seconda (*danno intrinseco*) ne rappresenta il disvalore economico (così REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, 1967, 81). Si avverta sin d'ora che la differenza qui richiamata non è sempre coincidente con la distinzione tra *danno-evento* e *danno-conseguenza* così come concepita dai fautori della distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica: su tali aspetti v. *infra*, par. 2.

componenti *descrittiva* e *precettiva*, da un lato individua l'oggetto in astratto del danno, e dall'altro indica il limite di risarcibilità del medesimo nelle «conseguenze immediate e dirette» dell'inadempimento. Quanto al primo profilo, la reintegrazione patrimoniale deve comprendere sia la diminuzione subita (danno emergente) che il mancato incremento (lucro cessante) che si sarebbero evitati con l'adempimento dell'obbligazione, al fine, riconosciuto dalla dottrina prevalente, di riportare il creditore nella medesima situazione che si sarebbe creata se l'inadempimento non avesse avuto luogo²⁷³.

Pur muovendoci all'interno di una concezione, dunque, *differenziale* del danno contrattuale, è dato tuttavia riscontrare all'interno di questa – salvo alcune eccezioni, come vedremo *infra* – una componente certa e *reale*, che non necessita di alcuna dimostrazione poiché consiste nella «perdita di valore della prestazione»²⁷⁴.

E' tale peculiare carattere del pregiudizio che segna la differenza *qualitativa* tra il danno tipicamente contrattuale e quello extracontrattuale: mentre quest'ultimo conserva una relativa autonomia sul piano probatorio rispetto all'illecito, quello contrattuale, commisurato *in primis* all'«*id quod interest*» (interesse al corretto adempimento), si identifica con l'inadempimento stesso, concretizzandosi nel valore della prestazione convenuta²⁷⁵.

²⁷³ Cfr. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 196 s.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1991, 636 e P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 83. La definizione accoglie la concezione differenziale del danno di origine germanica (*Differenzhypothese*), in virtù della quale il danno non consiste nell'alterazione peggiorativa del *singolo bene o interesse* sul quale ha inciso l'illecito (*concezione oggettiva* del danno), da calcolare facendo esclusivo riferimento al valore venale del bene (*estimatio rei*), ma nella perdita subita dall'*intero patrimonio* del soggetto, inteso quale insieme di beni, diritti su beni, utilità, potenzialità, che possano in qualche modo portare a risultati economicamente valutabili (*concezione soggettiva* del danno), calcolata avendo riguardo all'interesse che il soggetto ha all'integrità del bene colpito. L'impostazione soggettiva, è da preferire in quanto, a differenza di quella oggettiva, non solo è compatibile con il risarcimento del lucro cessante e dei danni consequenziali, ma ammette – seppur a certe condizioni – le riparazioni cd. antieconomiche. Su tali tematiche cfr. *amplius* FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Giuffrè, 2004, 99 ss.

²⁷⁴ Cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 667.

²⁷⁵ Secondo NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, ??, è il legame così stretto con la prestazione che «vale a distinguere nettamente il risarcimento del danno contrattuale dal risarcimento del danno aquiliano».

Soffermandosi ancora sul rapporto intercorrente tra danno e illecito, sul versante aquiliano si registra «la perdita conseguente alla lesione di un interesse protetto, (...) realizzata mediante la distruzione o il deterioramento di un bene» (*culpa in faciendo*), mentre su quello contrattuale «la perdita puramente economica sofferta dal creditore per la mancata attuazione del suo interesse» traducendosi nel «puro conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato» (*culpa in non faciendo*)²⁷⁶.

La peculiarità della responsabilità contrattuale, in altre parole, consiste in ciò: l'inadempimento non costituisce solo l'*ubi consistam* dell'illecito, ma anche il parametro di riferimento per il calcolo del danno, che appunto per tale carattere di autoevidenza è sovente qualificato dalla dottrina quale «danno *in re ipsa*»²⁷⁷.

²⁷⁶ Cfr. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 83 s. e ID., voce «Obblighi di protezione», cit., 3. Lo stesso a. mette in luce come il medesimo carattere descrittivo del danno quale *differenziale* del patrimonio – soprattutto ove si consideri che il diritto di credito è già posta attiva del patrimonio – non inficia la differenza sostanziale tra le due *species* di danno, contrattuale ed aquiliano, rinvenendo nel primo un «danno meramente patrimoniale», ovvero la traduzione economica della prestazione inattesa, ed nel secondo un «danno da lesione», la cui risarcibilità trova inevitabilmente fondamento nella lesione della posizione giuridica tutelata dall'ordinamento. Tale differenza ha addirittura indotto parte della dottrina a revocare in dubbio la funzione risarcitoria della responsabilità contrattuale, poiché «essa non mira al ristoro di un danno, quanto piuttosto al procacciamento di un utile o, per essere più precisi, alla erogazione di una risorsa destinata ad incidere, oramai solo in senso quantitativo (là dove la prestazione originaria avrebbe inciso in senso qualitativo) sulla composizione e sulla fisionomia del patrimonio del creditore», accostandola più coerentemente ad una logica «restitutoria»: cfr. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 176.

²⁷⁷ Cfr. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, 156 e 666 s. E' da registrare una diversa impostazione dottrinale (PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Jovene, 2009, spec. 119 ss.) secondo la quale il danno contrattuale, al pari di quello extracontrattuale, è rappresentato dalle conseguenze pregiudizievoli discese dall'illecito, *mai* potendosi identificare nel valore della prestazione inadempita. L'inadempimento, ovvero l'ammacco prestazionale, non può, stando a questa ricostruzione, costituire un danno in quanto rispetto a questo è un *prius* logico. Tale orientamento, rimasto minoritario in dottrina e ignorato – salvo eccezioni (cfr. TRIB. ROMA, 16.1.2006, n. 26553, in *Giur. it.*, 2007, 877) – in giurisprudenza, soffre del grave limite di basarsi sull'estraneità del rimedio risarcitorio rispetto alla logica del rapporto obbligatorio, sul presupposto che l'obbligazione risarcitoria, sostituendosi a quella contrattuale, ne presupponga inevitabilmente l'estinzione. Sappiamo invero che non v'è alcuna incompatibilità tra adempimento e risarcimento; al contrario, la responsabilità contrattuale esercita proprio la funzione di forma ultima di soddisfacimento dell'interesse creditorio così come dedotto in obbligazione. E non potrebbe essere altrimenti, posto che né l'impossibilità sopravvenuta, se imputabile al debitore, tantomeno l'adempimento inesatto hanno l'effetto di estinguere l'obbligazione, che pertanto è destinata a conservare i suoi effetti. Sulla ricostruzione dei rapporti tra adempimento e risarcimento, v. ancora DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 160 ss. e PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 651 ss., ma anche SATTA, *L'esecuzione forzata*, nel *Trattato Vassalli*, Utet, 1952, 5, nt. 6, che efficacemente scriveva «il risarcimento del danno è intrinseco e

Ciò premesso, è agevolmente comprensibile come per questa tipologia di danno non si ponga alcun problema causale. L'identità fenomenologica tra inadempimento e danno, che del primo rappresenta la traduzione in termini economici, non lascia spazio ad un rapporto causale, che invece presuppone quantomeno un rapporto di alterità tra i termini di riferimento²⁷⁸. La prova del relativo pregiudizio è, quindi, molto semplice per il creditore, il quale, una volta allegato l'inadempimento, non avrà bisogno di dimostrare alcunchè se non il valore pattuito, o di mercato, della prestazione²⁷⁹.

Adattando quanto premesso alla portata applicativa dell'art. 1223 cod. civ., possiamo dedurre che non è sicuramente a questa tipologia di danno che si rivolge il sintagma precettivo della norma (che circoscrive la risarcibilità alle «conseguenze immediate e dirette»), posto che non di «conseguenze» dell'inadempimento si tratta, bensì, come sopra anticipato, di inadempimento stesso²⁸⁰.

coesistente all'obbligazione» e analogamente MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 88, secondo il quale «Mentre la responsabilità extracontrattuale è un'obbligazione che si costituisce *ex novo*, la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inserisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo del, o accanto al, dovere primario di prestazione, rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento (art. 2470)». Sull'argomento, cfr. anche il brillante contributo di NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 173 ss.

²⁷⁸ Tra gli autori che escludono la problematica causale per i danni *stricto sensu* contrattuali, oltre a DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 165 s., v. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 249, secondo il quale «Il debitore è quindi chiamato a rispondere dell'inadempimento non quale evento collegato alla sua sfera giuridica in base al comune nesso di causalità ma direttamente perché l'obbligazione non è stata adempiuta».

²⁷⁹ Secondo una parte della dottrina (REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 90 ss.), il rapporto di «immedesimazione» del danno nell'inadempimento, varrebbe per il danno emergente ma non per il lucro cessante, tale ultimo presupponendo l'interposizione di un evento ulteriore, consistente nel mancato godimento dell'utilità promessa. Dello stesso avviso anche PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 667. A tale osservazione sembra potersi rispondere con le efficaci parole di BELVEDERE, *Casualità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 19, secondo il quale «lesivo» rimane pur sempre solo l'evento che ha privato il creditore della possibilità di godere del bene, non già il fatto del «mancato godimento», che rappresenta esclusivamente un criterio per stimarne economicamente il valore.

²⁸⁰ In questo senso anche BELVEDERE, *op. cit.*, 17, laddove, riferendosi alla risarcibilità, *ex art.* 1223 cod. civ., dei soli danni che siano «conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento», osserva che «Questa limitazione, però, non può essere riferita – a pena di inutilità – al danno intrinseco all'evento lesivo [nel nostro caso, all'inadempimento], dal momento che tale danno, proprio perché intrinseco, non potrebbe mai rappresentare una conseguenza mediata e indiretta». Ed aggiunge, in nota, «Forse qualcuno potrebbe attribuire carattere indiretto al mancato guadagno,

Se tuttavia l'*id quod interest* rappresenta il tipico parametro di riferimento per la quantificazione del danno contrattuale, esso non lo esaurisce del tutto.

Soprattutto nei casi di inesatto adempimento, infatti, l'obbligazione risarcitoria comprende anche *altri* danni, che non costituiscono, quale corrispettivo economico della prestazione inadempita, l'*in sé* dell'inadempimento (danno contrattuale *in senso stretto*), ma si pongono quali vere e proprie «*conseguenze*» del medesimo²⁸¹.

Si tratta dei cd. «danni consequenziali», i quali, costituendo *eventi lesivi* distinti rispetto all'inadempimento, recuperano quell'alterità tra illecito e danno che è tipica della responsabilità extracontrattuale²⁸². Attraverso la risarcibilità di tali pregiudizi, si esce dalla tutela del *credito* in senso stretto e per entrare in quella di *altre posizioni giuridiche soggettive* che potrebbero essere lese dagli effetti negativi dello stesso inadempimento. Pur soddisfacendo lo schema aquiliano, essi trovano tutela tipica in sede contrattuale poiché rappresentano la lesione dell'interesse del creditore a non subire «danni *ulteriori* derivanti dall'inadempimento»²⁸³. Del resto, la riparazione delle conseguenze ulteriori dell'inadempimento è necessitata dalla esigenza, anticipata in apertura, che con il risarcimento del danno il creditore sia riportato nella medesima situazione

ma si tratterebbe di un carattere che il mancato guadagno avrebbe sempre, e ciò in contrasto con la previsione (in linea generale) della sua risarcibilità». Sotto questo aspetto similmente anche CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 88, il quale – prendendo tuttavia in considerazione il solo danno cd. *in re ipsa* – conclude che «l'art. 1223 in nessun modo può essere inteso come una regola causale» poiché «il riferimento non è a fatti, bensì a valori».

²⁸¹ Il diritto delle obbligazioni tedesco riconosce la distinzione anche a livello normativo, laddove distingue il risarcimento «*statt der Leistung*» (§ 281 BGB) da quello «*neben der Leistung*» (§ 280 BGB). Il primo sostituisce la prestazione inadempita, mentre il secondo ha ad oggetto le conseguenze dell'inadempimento inesatto (*Schlechtleistung*): cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, I, München, 1987, 275 ss. La distinzione, introdotta dalla riforma del diritto delle obbligazioni del 2001, ha colmato la precedente lacuna che caratterizzava il sistema delle obbligazioni tedesco, laddove era prevista la responsabilità contrattuale solo per i casi di ritardo o di impossibilità sopravvenuta della prestazione (imputabile al debitore), lasciando il creditore privo di tutela per i danni cagionati attraverso un'esecuzione non diligente della prestazione, senza che questa però fosse divenuta impossibile. Il diritto delle obbligazioni italiano non ha invece mai sofferto di una simile limitazione, posto che fin dall'origine l'art. 1218 cod. civ. ha utilizzato la formula generica della «non esatta esecuzione della prestazione».

²⁸² Sui danni cd. consequenziali, cfr. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 167 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 653 ss.;

²⁸³ Cfr. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 162 s.

economica in cui si sarebbe trovato se l'obbligazione fosse stata correttamente adempiuta²⁸⁴.

Al fine di meglio comprendere il rapporto tra le diverse componenti del danno – *lato sensu* – contrattuale, si pensi ad un fornitore che consegna un macchinario che, in ragione di un difetto di produzione, cagiona all'artigiano consegnatario, già al primo utilizzo, una ferita alla mano. Il caso mostra chiaramente le due componenti del danno contrattuale: la prima, consistente nella consegna della merce viziata, rappresenta l'inadempimento, troverà ristoro nella conversione in termini pecuniari del vizio (restituzione di parte o dell'intero prezzo versato); la seconda, rappresentata dalla ferita alla mano, che andrà risarcita utilizzando l'ordinario parametro differenziale, si pone *oltre* all'inadempimento e ne costituisce la conseguenza.

E' proprio a tali danni consequenziali che si rivolgono direttamente i criteri limitativi contenuti negli artt. 1223, 1225 e 1227 cod. civ. La risarcibilità è invero subordinata al presupposto oggettivo della loro *riconduzione causale* all'inadempimento, a quello soggettivo della *prevedibilità* da parte del debitore, da valutare al momento dell'assunzione dell'obbligazione (salvo per il caso dell'inadempimento doloso) e a quello misto della *non evitabilità altrimenti* da parte del creditore. La *ratio* del legislatore è chiara: non si vuole esporre il debitore ad un rischio sproporzionato rispetto all'obbligazione assunta²⁸⁵.

²⁸⁴ Autorevole dottrina (MAZZAMUTO, *Responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 135 s.) fonda la risarcibilità di tali danni sulla violazione di obblighi di protezione, sull'assunto che tutto ciò che non riguarda «acquisizione di nuove utilità», ma mira alla «salvaguardia dello *status quo ante*» può ottenere tutela contrattuale solo mediante la forza integratrice della buona fede «protettiva». Ci si sente qui di dissentire da quest'opzione ermeneutica, e di accogliere quella formulata da DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 162 s., per una questione di necessaria «sussidiarietà» dei rimedi. La risarcibilità di eventi lesivi ulteriori rispetto all'inadempimento, ma che ne costituiscono conseguenza, è già di per sé giustificabile in base all'art. 1223 cod. civ. ed alla concezione «differenziale» del danno che esso incarna. Non sembra quindi opportuno richiamare la diversa categoria degli obblighi di protezione semplicemente perché non è necessario, come invece lo è per il diverso caso in cui il danno non sia causalmente connesso all'esecuzione inesatta della prestazione.

²⁸⁵ Scriveva sapientemente il GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 407, con riferimento all'art. 1223 cod. civ.: «il concetto di (...) “conseguenza immediata e diretta” serve per non porre a carico del debitore tutte le “conseguenze” che potrebbero andare all'infinito», osservando che «*Agire* [soprattutto, aggiungiamo noi, in sede contrattuale] è sempre un rischio; e, se il soggetto ne dovesse sopportare

Altra tipologia di danni *ulteriori* rispetto all'inadempimento è rappresentata dai danni alla persona o al patrimonio del creditore prodotti *a causa* o *in occasione* dell'esecuzione del rapporto obbligatorio, in violazione degli obblighi di protezione. Essi si distinguono dai danni cd. consequenziali perché a differenza di questi non presuppongono la frustrazione del diritto del creditore alla prestazione, aspettativa che può anzi essere contestualmente soddisfatta o addirittura mancare *ab origine*. Sul rapporto tra questi particolari danni e la prova della causalità ci si soffermerà *infra*, par. 7.

Spostando l'accento sulla questione causale, potremmo dire che a seguito dell'inadempimento il debitore può essere chiamato a risarcire due distinte voci di danno. La prima, danno *stricto sensu* contrattuale, consiste nel valore economico (quale perdita subita e guadagno mancato) dell'ammanco prestazionale e, identificandosi con lo stesso inadempimento, non necessita della prova della sua derivazione causale. La seconda comprende invece i cd. *danni consequenziali*, i quali, collocandosi – sotto il profilo logico, prima che cronologico – *oltre* l'inadempimento, saranno risarcibili solo se riconducibili eziologicamente all'inadempimento medesimo (art. 1223 cod. civ.); solo una volta soddisfatta la prova della causalità, essi saranno apprezzabili economicamente in termini di perdita subita e mancato guadagno²⁸⁶.

I «danni consequenziali» trovano terreno fertile soprattutto nelle *obbligazioni di mezzi*, in particolare quelle professionali.

La ragione è semplice. In questi casi la prestazione mira a soddisfare un interesse *meramente strumentale* rispetto a quello finale del creditore che, in ragione della sua aleatorietà, non è entrato a far parte del programma obbligatorio; essa rappresenta perciò un'«utilità priva di una sua oggettività poiché volta soltanto a propiziare una modificazione o una conservazione della situazione di

tutte le conseguenze, egli, se non è uno spirito avventuroso o un delinquente, si dissuaderebbe dall'azione».

²⁸⁶ A tale conclusione perviene espressamente DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 186 s.

fatto iniziale»²⁸⁷. Di conseguenza, nei casi di inadempimento, a fronte di un ammanco prestazionale che, pur essendo astrattamente suscettibile di valutazione economica, risulta difficilmente apprezzabile in termini di disutilità per il creditore, acquisteranno ben più rilevanza pregiudizievole le ripercussioni dell'inadempimento sulla realizzazione dell'interesse ultimo del creditore, ovvero proprio i «danni consequenziali», laddove legati al primo da un rapporto di derivazione causale. Questa è la spiegazione, letta in chiave di teoria generale del danno, di quanto avevamo già avuto modo di mettere in luce nel secondo capitolo, allorchè avevamo apprezzato la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato in termini di necessità per le prime, e non necessità per le seconde, dell'accertamento di un collegamento causale tra i danni patiti e l'inadempimento²⁸⁸.

L'esempio che più è idoneo a riportare sul piano della concretezza i suddetti concetti è proprio quello dell'inadempimento dell'obbligazione medico-sanitaria. Come abbiamo più volte precisato, a meno di non voler ricondurre quella sanitaria all'interno delle obbligazioni di risultato, la prestazione del medico ha ad oggetto un'attività intermedia – pur apprezzabile in termini di sub-risultato – solo *strumentale* al soddisfacimento dell'*interesse ultimo* del paziente (guarigione o non peggioramento delle condizioni di salute), che rimane collocato, proprio in ragione della aleatorietà che lo contraddistingue, *al di fuori* del programma prestazionale.

I danni alla salute sviluppati dal paziente a prestazione eseguita, costituendo quindi, nella maggior parte dei casi, un *posterius* rispetto all'inadempimento, saranno apprezzabili quali «danni conseguenza» ed in quanto tali risarcibili solo ove collegati eziologicamente all'esecuzione inesatta della prestazione.

²⁸⁷ Cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 668, il quale fa esplicito riferimento proprio alle obbligazioni sanitarie.

²⁸⁸ V. *supra*, cap. II, par. 5.

2. *Responsabilità da inadempimento e nesso di causalità: la discussa utilità della distinzione tra causalità materiale e giuridica*

Cerchiamo ora di applicare quanto evinto a proposito del danno al piano del rapporto di causalità apprezzabile in ambito contrattuale. La riflessione non può prescindere dalla classificazione che la giurisprudenza e la dottrina tradizionali operano in punto di causalità, distinguendo i due aspetti della causalità materiale e della causalità giuridica²⁸⁹.

Prendendo spunto dall'orientamento oggi consolidato in giurisprudenza, nel sistema della responsabilità civile il nesso di causalità va scomposto, a seconda della diversa finalità assoluta, in due rapporti causali distinti: il primo, tra condotta ed evento, funge da criterio di imputazione del fatto illecito (causalità materiale); il secondo, tra evento e danno, è invece funzionale al successivo accertamento dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito²⁹⁰. Significative sono le

²⁸⁹ In dottrina, *ex multis*, GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, cit., 409; LUMINOSO, *Possibilità, realtà o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 562; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., 397 ss.; FRANZONI, *L'illecito*, cit., 60 ss.; SALVI, *La responsabilità civile*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1998, 170; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 619; CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Cedam, 2012, 17 ss.; TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Ipsoa, 2012, 133 ss. In giurisprudenza la distinzione, anche se meno velocemente rispetto alla dottrina, si è affermata a partire dal celebre caso Meroni (CASS., sez. un., 26.1.1971, n. 174, cit.), per divenire oggi orientamento consolidato: cfr., *ex multis*, CASS., 2.2.2001, n. 1516, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 6, 43 e, in campo sanitario, soprattutto CASS., 16.10.2007, n. 21619 e CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, entrambe citt.

²⁹⁰ La dicotomia porta con sé il duplice significato al concetto di «danno». La causalità giuridica presuppone invero la relazione tra *danno-evento* e *danno-conseguenza*, realtà, dunque, presupposte eterogenee. Stando alla dottrina e alla giurisprudenza consolidate sul punto, mentre il *danno-evento* è la lesione all'interesse giuridico tutelato dall'ordinamento, necessaria al fine di integrare l'ingiustizia richiesta dall'art. 2043 cod. civ., il *danno-conseguenza* consiste invece nelle conseguenze di ordine economico ricollegate alla condotta dannosa e costituisce un *posterius* rispetto all'illecito. Sul punto, cfr. DE MATTEIS, «*Danno biologico*» e *patrimonialità della lesione: due sentenze a confronto*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1081; SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 223 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 574 ss. In giurisprudenza, fondamentali due successive pronunce della Consulta (CORTE COST., 14.7.1986, n. 184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 534 ss. con nota di ALPA e CORTE COST., 27.10.1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297), le quali, facendo il punto sul danno biologico da morte, hanno avuto modo di precisare che: «La distinzione tra danni prevedibili e danni imprevedibili (...) attiene ai danni conseguenze nel senso dell'art. 1223, la cui risarcibilità, limitatamente o no ai danni prevedibili, presuppone già compiuto (previo accertamento del nesso di causalità alla stregua degli artt. 40 e 41 cod. pen.) il giudizio di imputabilità del danno evento, giudizio regolato in generale dal criterio della colpa».

nozioni enucleate dalla dottrina tedesca per identificare la medesima dicotomia: *Haftungsbegründende Kausalität*, quale causalità *strutturale*, idonea a fondare il giudizio di responsabilità, e *Haftungsausgefüllende Kausalität*, quale criterio idoneo a «riempire» la responsabilità accertata individuando le singole conseguenze dannose ascrivibili all'autore dell'illecito²⁹¹.

Così, prendendo ad esempio l'investimento mortale di un pedone da parte di un automobilista, il nesso di causalità materiale, elemento strutturale dell'illecito, è l'imputazione causale dell'evento dannoso (morte del pedone) alla condotta dell'automobilista, mentre il nesso di causalità giuridica è quello che ricollega le conseguenze concretamente pregiudizievoli (spese di ricovero terminale, eventuale danno tanatologico, danni riflessi, ...) all'evento-morte.

La distinzione non è fine a sé stessa, ma acquista un rilevante significato pratico laddove le due «facce» della causalità vengono sottoposte a criteri di verifica distinti. Mentre l'accertamento del nesso di causalità materiale deve essere compiuto alla luce dei principi di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., reinterpretati in chiave civilistica secondo l'archetipo del «più probabile che non», la verifica della causalità giuridica segue invece il criterio enucleato nell'art. 1223 cod. civ. e consistente – secondo l'interpretazione maggioritaria – nella «causalità adeguata» o «regolarità causale»: le conseguenze sono «immediate e dirette», in altre parole, quando, oltre a trovare nell'evento dannoso la *condicio sine qua non* della loro esistenza, si pongono rispetto a questo come un effetto «normale»²⁹².

Se lo schema delineato si adatta facilmente alla responsabilità extracontrattuale, le cose si complicano quando si passa a quella contrattuale.

²⁹¹ Cfr., per tutti, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 432, che riconosce la distinzione anche nel § 823 (*Schadenersatzpflicht*), dove nell'inciso «Wer (...) wiederrechtlich verletzt» il legislatore si sarebbe riferito alla *Haftungsbegründende Kausalität*, mentre nel successivo «des daraus entstehenden Schadens» il riferimento sarebbe invece alla *Haftungsausgefüllende Kausalität*.

²⁹² Cfr. ALPA, *La responsabilità civile*, nel *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, 1999, 326; ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Cedam, 1990, 11; ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario*, 2/2011, 23. In giurisprudenza, v., per tutte, le due citate pronunce della Consulta (CORTE COST., 14.7.1986, n. 184 e 27.10.1994, n. 372) e CASS., 16.10.2007, n. 21619, cit.

La maggioranza degli autori che riconoscono una effettiva alterità strutturale tra le due accezioni di causalità, infatti, negano che in ambito contrattuale si ponga un problema di causalità materiale, rilevando in quella sede solo quella giuridica. Più precisamente, pur essendo un nesso di causalità materiale astrattamente individuabile anche in ambito contrattuale, tra la condotta del debitore e l'inadempimento (evento dannoso), l'accertamento della sua esistenza risulta qui privo di alcuna utilità posto che la funzione che gli è propria, ovvero l'imputabilità dell'evento dannoso al debitore, è già risolta a monte in virtù della preesistenza del rapporto obbligatorio tra due soggetti determinati²⁹³. La causalità materiale, in questo senso, è già insita nel giudizio di inadempimento, il quale in tanto sussiste in quanto imputabile al debitore²⁹⁴.

Anche il profilo della causalità giuridica è stato nel tempo oggetto di riflessioni dottrinali. Sebbene, come anticipato, l'impostazione maggioritaria riconosca nell'art. 1223 cod. civ. una vera e propria regola «causale»²⁹⁵, non

²⁹³ Da porre in rilievo è però che l'aspetto della causalità materiale torna ad esercitare la propria funzione, seppur in negativo, in punto di prova liberatoria. La prova dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile altro non è, invero, che la dimostrazione dell'esclusione del nesso di causalità materiale: cfr. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 163 s.

²⁹⁴ Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 249, secondo cui «l'inadempimento è costituito dal fatto stesso della mancata o difettosa esecuzione della prestazione. Il debitore è quindi chiamato a rispondere dell'inadempimento non quale evento collegato alla sua sfera giuridica in base al comune nesso di causalità ma direttamente perché l'obbligazione non è stata adempiuta»; CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 88, che osserva: «l'inadempimento dell'obbligazione (...) è un puro giudizio di difformità del fatto rispetto all'affetto (l'obbligazione come *vinculum iuris*), difformità che come tale non può essere considerata alla stregua di un accadimento in termini di causalità cioè di connessione tra fatti». Illuminante è poi la metafora penalistica riportata in nota (nt. 28) per spiegare l'esclusione della causalità materiale in ambito contrattuale: mentre l'illecito aquiliano si atteggia come un reato *di evento*, richiedendo quindi l'accertamento di un nesso di causalità di fatto tra l'evento e la condotta del reo, «l'inadempimento corrisponde ai reati *di mera condotta*, con riguardo ai quali appunto si dice dalla dottrina penalistica che non vi è questione di causalità»; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., 400; CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chance: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, cit., 152. L'assunto è accolto espressamente anche dalla giurisprudenza: CASS., 16.10.2007, n. 21619, cit.

²⁹⁵ Cfr. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 203; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 639 s.; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1993, sub artt. 2043-2056, 762, nonché il determinante contributo di GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, cit., 407 s. Analogamente i testi istituzionali: cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 166 e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 710. La concezione «causale» dell'art. 1223 cod. civ. è maggioritaria anche in giurisprudenza: cfr. CASS., 6.3.1997, n. 2009, in *Mass. Giur. it.*, 1997; CASS., 19.5.1999, n. 4852, cit.; CASS.,

mancono autorevoli voci in dottrina che escludono espressamente tale significato, argomentando come le «conseguenze» a cui fa riferimento la norma non siano altrettanti *eventi* da ricollegare al fatto illecito, ma semplici «*valori*» idonei a dotare di concretezza l'evento lesivo stesso²⁹⁶. Parte di tale dottrina rinviene nell'art. 1223 cod. civ. una conferma del criterio ipotetico-differenziale di computo del danno, interpretando il sintagma delle «conseguenze immediate e dirette» come il risultato dell'operazione ideale di sottrazione, informata ad un criterio di «normalità» tra il patrimonio attuale del danneggiato e quello che esisterebbe se l'illecito non fosse accaduto²⁹⁷.

La critica che l'orientamento maggioritario muove a questa ricostruzione poggia sostanzialmente sull'incapacità del criterio ipotetico-differenziale a porre dei limiti, nel senso dell'immediatezza e dell'univocità delle conseguenze, alle

24.3.2000, n. 3536, in *Danno e resp.*, 2000, 599; CASS., 16.2.2001, n. 2335, cit.; CASS., 6.4.2006, n. 8096, in *Rep. Foro it.*, voce «Responsabilità civile», n. 213.

²⁹⁶ Fondamentale risulta in tal senso il contributo di CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, cit., il cui titolo fa proprio riferimento al preteso errore commesso dal Gorla (op. cit., 407 s.) e consistente nell'attribuire alla causalità giuridica un significato causale. Secondo l'illustre a., il danno non può essere riconnesso all'inadempimento perché «inadempimento e danno sono una cosa sola, vista da due diversi lati». Cfr. anche PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Noviss. Dig., Disc. priv.*, V, Utet, 1989, 104; CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile* (Aggiornamento), a cura di ALPA e BESSONE, Utet, 1998, 58 e 65; CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 88: essendo le «conseguenze» cui si riferisce l'art. 1223 cod. civ. non «fatti», bensì «la traduzione patrimoniale di essi», «con riguardo ad esse non ha significato il linguaggio causale» e più avanti, ancora più esplicitamente «l'art. 1223 in nessun modo può essere inteso come una regola causale»; secondo l'a. nemmeno le categorie «dell'immediatezza e della direttezza» presuppongono uno schema causale, identificandosi le stesse in un mero «criterio tipologico, come risulta dalla traduzione che di esse si fa nel canone della normalità»; DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 243; PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., 217 ss., spec. 241. Anche parte della giurisprudenza si è lasciata persuadere da questa impostazione: cfr. CASS., 20.11.1991, n. 12439, in *Corr. giur.*, 2000, 902 (il cui relatore era appunto Carbone), con puntualissima nota di LASCIALFARI, *Causalità «scientifica» e causalità «giuridica» tra imputazione del fatto e risarcimento del danno*. CASS., 15.10.1999, n. 11629, cit. («mentre l'accertamento della responsabilità è improntato alla ricerca del nesso di causalità, quello dell'estensione della responsabilità si fonda su un giudizio in termini ipotetici (...) sulla differenza tra situazione dannosa e situazione quale sarebbe stata se il fatto dannoso non si fosse verificato»). Non mancano anche autori tedeschi che escludono che la causalità giuridica (*Haftungsausgefüllende Kausalität*) abbia un significato causale: cfr. VON CÄMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Freiburg, 1956 («Es handelt nicht um Kausalitätsfragen»).

²⁹⁷ La questione non è di poco conto. Secondo questa impostazione, l'impiego di un criterio *ipotetico-differenziale* piuttosto che *causale*, pur potendo portare, in astratto, al medesimo *quantum* risarcitorio, agevola considerevolmente lo sforzo probatorio del danneggiato, il quale sarà in ogni caso esentato dal provare che l'inadempimento costituisce *condicio sine qua non* del danno lamentato.

poste risarcitorie. Esso, in altri termini, spiegherebbe la parte descrittiva dell'art. 1223 cod. civ. («perdita subito e mancato guadagno»), ma non quella precettiva della necessaria «regolarità» delle conseguenze, intellegibile solo, al contrario, utilizzando un linguaggio causale²⁹⁸.

Si ponga infine mente all'orientamento dottrinale, sempre minoritario, che, estremizzando per un verso, ma completando per l'altro la dottrina appena richiamata, non si limita a contraddire al significato attribuito all'una o all'altra categoria causale, ma critica il fondamento stesso della bipartizione, che considera quale inutile duplicazione dell'unico rapporto causale rilevante in sede di responsabilità civile²⁹⁹.

Secondo questo orientamento, la chiave di volta è la distinzione richiamata in apertura tra *evento dannoso* e *danno cd. intrinseco*, ovvero tra lesione dell'interesse protetto dall'ordinamento e pregiudizio in concreto conseguente. A seconda del concetto preso in considerazione, infatti, l'art. 1223 cod. civ. assume significato e funzione *diversi*³⁰⁰:

- a) Il riferimento alla «perdita subita» e al «mancato guadagno» (quella che abbiamo chiamato parte descrittiva della norma) si limita a stimare economicamente il singolo evento dannoso, traducendolo in *danno (intrinseco)*;
- b) la limitazione del risarcimento alle «conseguenze immediate e dirette» (parte precettiva della norma), invece, non potendo riferirsi al significato economico (danno intrinseco) di un evento lesivo che, come visto, rappresenta il contenuto e non già la conseguenza dell'inadempimento,

²⁹⁸ In altre parole si critica lo stesso fondamento dell'orientamento *supra* richiamato, ovvero l'esistenza di una differenza, apprezzabile anche concretamente (v. nt. prec.) tra l'impiego del criterio ipotetico-differenziale limitato alle conseguenze «immediate e dirette» e di quello causale. Si tratterebbe invece del medesimo meccanismo limitativo visto da due prospettive diverse, posto che il riferimento all'immediatezza e alla direzione acquista una qualche efficacia euristica solo se interpretato in senso causale. Cfr. SCOGNAMIGLIO, voce «Risarcimento del danno», in *Noviss. Dig., Disc. priv.*, VI, Utet, 1966, 12 ss. e TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., 156 ss.

²⁹⁹ Cfr. MONATERI, *La responsabilità civile*, Utet, 1998, 1038 ss. e soprattutto BELVEDERE, *Casualità giuridica?*, cit., 15 ss.

³⁰⁰ BELVEDERE, *Casualità giuridica?*, cit., 17 parla in proposito di «strabismo» dell'art. 1223 cod. civ.

non potrà che rivolgersi ad *eventi dannosi ulteriori*, in quanto lesivi di interessi *diversi* rispetto a quello di credito, solo in tal caso spiegando una vera e propria *relazione causale*³⁰¹.

Ma nella responsabilità contrattuale, quali sono i *danni intrinseci*, per i quali non si pone un problema causale, e quali invece gli *eventi dannosi ulteriori*, per i quali è invece necessaria la prova della derivazione causale dall'inadempimento?

Traendo spunto dalla teorica sul danno contrattuale, illustrata, pur sommariamente, nel paragrafo precedente, possiamo affermare che gli eventi dannosi ulteriori si identificano in quelli che la dottrina chiama *danni consequenziali*, tali perché si pongono *oltre* l'inadempimento e pregiudicano interessi, pur giuridicamente rilevanti, *estranei* al programma obbligatorio. I danni intrinseci, invece, rappresentano la mera *traduzione economica del singolo evento lesivo*, ovvero dell'inadempimento *in primis* (ammanco prestazionale) e dei danni consequenziali – se causalmente connessi all'inadempimento – in seconda battuta³⁰².

La dottrina richiamata sembra particolarmente convincente. In linea con l'intuizione dei sostenitori della matrice differenziale e non causale dell'art. 1223 cod. civ., essa coglie plasticamente l'effettiva portata meramente descrittiva della

³⁰¹ Azzardato, ma sicuramente possibile, è ritenere che tale ricostruzione sia perfettamente in linea con quanto con tanta enfasi sostenuto da CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, cit., 99 s., laddove individua nell'art. 1223 cod. civ. il criterio per discernere non «tra conseguenza e conseguenza dell'inadempimento, ma tra interesse e interesse». L'illustre a. è invero consapevole che l'inadempimento possa ledere, seppur mediatamente, interessi diversi dal diritto di credito: «Che vorrà dunque dire la formula dell'art. 1223? Semplicemente che uno stesso fatto, in particolare uno stesso inadempimento, può essere danno da più di un aspetto anziché da un aspetto solo, in quanto lede non solo un interesse ma più d'uno». Del resto, che dall'inadempimento possano discendere *eventi lesivi ulteriori*, è presupposto dalla maggior parte della dottrina: oltre a DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 167 ss., cfr. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 172 e FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 24 ss. Limitando così la funzione causale dell'art. 1223 cod. civ. si recupera la coerenza, peraltro, con la da più parti affermata regola per cui la causalità può rappresentare solo una «connessione tra fatti» (ovvero eventi, aggiungiamo noi) e non una relazione tra un fatto e la sua traduzione patrimoniale: cfr. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 88.

³⁰² L'ambivalenza dell'art. 1223 cod. civ. in sede contrattuale è perfettamente inquadrata anche da DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 169: «la norma dell'art. 1223 cod. civ., se sembra non interessare più propriamente il danno contrattuale considerato in senso stretto, quale danno da lesione della aspettativa fondata sul contratto, interessa sicuramente quello definito più propriamente “consequenziale”, perché questo sì, è bisognoso di una chiara delimitazione sul terreno del risarcimento».

norma; tuttavia, superando le critiche sollevate dalla dottrina tradizionale, recupera l'evidente regola causale implicita nel sintagma «conseguenze immediate e dirette» che, se ed in quanto rivolta solo agli *eventi dannosi* che stanno *oltre* l'inadempimento, è idonea ad impedire l'eccessiva espansione dell'area risarcibile³⁰³. In pratica, il profilo causale dell'art. 1223 cod. civ., lungi dal disciplinare il rapporto tra danno-evento e danni-conseguenza, come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali, dà voce al rapporto tra *inadempimento* (primo danno-evento in ordine logico) ed eventuali *danni-eventi ulteriori*³⁰⁴.

Così ricostruiti i rapporti tra inadempimento, danno contrattuale e danni consequenziali, risulta meno inverosimile accogliere, almeno in ambito contrattuale, la conclusione cui perviene la dottrina in commento, e cioè che la distinzione tra causalità materiale e giuridica non sia altro che un'inutile duplicazione dell'*unico* rapporto causalmente rilevante, che «esaurisce quindi la sua funzione con la determinazione degli eventi da porre a fondamento del danno risarcibile»³⁰⁵. Né il rapporto tra condotta debitoria ed inadempimento, né quello

³⁰³ «Interpretando in questo modo la disposizione [art. 1223 cod. civ.], è pienamente giustificato il ricorso ad un linguaggio “causalistico”, che apparirebbe invece fuori luogo (...) se riferito al rapporto tra l'evento lesivo ed il danno ad esso intrinseco»: così BELVEDERE, *Casualità giuridica?*, cit., 17.

³⁰⁴ Una conferma indiretta è data riscontrare anche nel lavoro di PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 241, spec. nt. 162, laddove l'a. osserva che «una lettura in termini causali dell'art. 1223 c.c. appare capibile in riferimento ai danni ulteriori che, a cascata, derivano dall'illecito originario, ove ciascun danno è rappresentazione di un fatto che deriva da un precedente evento dannoso», presupponendo una definizione di danno come lesione di una posizione giuridica soggettiva autonoma.

³⁰⁵ BELVEDERE, *Casualità giuridica?*, cit., 21. Esso si atteggerà in modo diverso a seconda del tipo di responsabilità civile presa in considerazione. In quella contrattuale interpreterà la relazione intercorrente tra l'inadempimento (unico caso di evento lesivo per il quale non si pone, come abbiamo visto, un problema di derivazione causale dalla condotta debitoria) e gli eventi lesivi successivi (cd. «danni consequenziali»); in quella aquiliana dovrà retroagire fino a comprendere il fatto (qui l'imputazione non è invero automatica) quale primo termine del rapporto. Non sembra azzardato leggere una simile prospettiva, seppur accennata, quando CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 89 intravede in quello che «viene presentato come un secondo rapporto di causalità» nient'altro che una «parte integrante dell'unico rapporto di causalità che si diparte dal fatto imputabile». Cfr. anche PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 219: «Il rapporto tra causalità in fatto e causalità giuridica si rileva (...) meno definito di quanto sembri; ed è forse più corretto utilizzare la nozione di causalità c.d. *giuridica* in un'accezione meno stringente e più generale (...)».

tra singolo evento dannoso e danno concreto, possono infatti spiegarsi in termini causali.

3. *L'onere probatorio relativo al nesso di causalità rilevante in sede di responsabilità contrattuale*

Così individuati gli elementi costitutivi dell'illecito contrattuale e ricostruiti i reciproci rapporti, la disciplina del relativo riparto probatorio discende *de plano* dalla semplice lettura combinata degli artt. 1218, 1223 e 2697 cod. civ. Come abbiamo già avuto modo di osservare, non è tanto la regola astratta posta dall'art. 2697 cod. civ., quanto piuttosto la corretta enucleazione degli elementi costitutivi delle fattispecie a cui essa va applicata, a porre i maggiori problemi interpretativi³⁰⁶.

Restringiamo inoltre il campo d'indagine alla prova di quell'unico nesso di causalità che abbiamo visto rilevare in sede contrattuale, accogliendo invece i risultati cui è pervenuta la giurisprudenza circa l'allocazione, in capo al creditore, dell'onere di allegare l'inadempimento, e di provare il danno subito.

Secondo il disposto dell'art. 2697 cod. civ., chi vuol far valere un diritto in giudizio, deve provarne i *fatti* che ne costituiscono il *fondamento*, mentre chi ne eccepisce l'inefficacia, la modificazione o l'estinzione deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

La norma è chiara: l'attore deve provare gli elementi costitutivi del diritto fatto valere, e cioè, nel caso che interessa, il creditore danneggiato deve provare gli elementi costitutivi della pretesa risarcitoria avanzata. Facendo propri i principi posti dalle sezioni unite del 2001³⁰⁷ sul riparto probatorio nella

³⁰⁶ Sul rapporto tra art. 2697 cod. civ. e norme di diritto sostanziale poste alla base dei fatti da provare, cfr., *ex multis*, PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., 114 ss.; TARUFFO, voce «Onere della prova», cit., 66 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 159 s. Ricco di spunti, infine, il contributo di RESCIGNO, *Introduzione al vol. 19, nel Trattato Rescigno*, 19, Utet, 1999, 14.

³⁰⁷ CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, cit.

responsabilità contrattuale alla luce della norma citata, possiamo affermare con certezza che mentre il *danno* è elemento costitutivo del diritto al risarcimento, ed in quanto tale deve essere provato dal creditore insoddisfatto, l'*inadempimento* non lo è, potendo perciò essere oggetto di una mera allegazione.

Tutto sta nel capire, quindi, se il nesso di causalità tra l'inadempimento e i cd. danni conseguenza è, oppure no, elemento costitutivo del diritto al risarcimento.

La risposta corretta, che possiamo sin d'ora anticipare, sembra quella positiva. Il nesso di causalità così delineato, infatti, non incide sulla rilevanza dell'inadempimento, che ha un proprio significato giuridico indipendentemente dalla sua efficienza causale, ma concorre a *qualificare il danno*, che è – a differenza del fatto-inadempimento – elemento costitutivo per eccellenza.

In altri termini, il nesso eziologico che lega l'inadempimento agli eventuali danni consequenziali non rientra nella sfera logica dell'inadempimento, che gode di una propria autonomia giuridica in quanto «inizia e finisce» con la mancata esatta esecuzione della prestazione; riprendendo un significativo passaggio giurisprudenziale, peraltro particolarmente recente, «l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione contrattuale costituisce di per sé un illecito, ma non obbliga l'inadempiente al risarcimento [si intenda, oltre a quello, prettamente *restitutorio*, dell'ammanco prestazionale, sempre che questo sia valorizzabile in termini economici], se in concreto non ne è derivato un danno»³⁰⁸.

Al contrario, è l'evento dannoso ulteriore che in tanto è rilevante ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., in quanto sia una conseguenza causalmente apprezzabile dell'inadempimento. Tale è la ragione per cui il creditore insoddisfatto, oltre a provare la concretezza del danno contrattuale in senso stretto e degli eventuali danni consequenziali, dovrà dimostrare il rapporto di causalità che lega questi ultimi all'inadempimento.

³⁰⁸ CASS., 21.2.2013, n. 4352, in *Guida al dir.*, 2013, n. 19, 64. La pronuncia fa riferimento ad un'ipotesi di *inesatto adempimento* (inerente all'obbligazione del diligente utilizzo della cosa locata), per il quale sappiamo essere difficile la valorizzazione di un danno contrattuale in senso stretto.

Quanto al criterio di verifica causale, sembra opportuno attenersi a quello cristallizzato dalla giurisprudenza prevalente nella formula del «più probabile che non», con la precisazione, tuttavia, che lungi dal regolare il rapporto di causalità materiale – che sappiamo non avere alcuna valenza in ambito contrattuale – esso si rivolge al rapporto intercorrente, lo si ribadisce, tra inadempimento e danni consequenziali. Nessun ostacolo, del resto, è dato rinvenire nel leggere la regola dell'immediatezza e dell'univocità delle conseguenze espressa dall'art. 1223 cod. civ. nell'ottica della «*preponderance of evidence*»³⁰⁹.

4. Applicazione dei principi generali alla responsabilità medica

Proviamo a trasporre le argomentazioni fin qui esposte ad un caso di responsabilità medica.

Un signore, rivoltosi dallo specialista di fiducia lamentando una serie di disturbi (vomito, cefalea, ipoestesia al braccio destro, ...), viene, dopo alcuni controlli superficiali, rassicurato per non aver il medico riscontrato alcuna patologia in atto. Aggravatasi la sintomatologia, dopo pochi giorni il paziente si reca al pronto soccorso dell'ospedale e si sente diagnosticare, dopo apposita TAC, un ictus dal quale erano nel frattempo derivate lesioni permanenti e gravemente invalidanti.

³⁰⁹ Del resto, anche parte della dottrina che tradizionalmente riconosce nell'art. 1223 cod. civ. la disciplina della rapporto tra danno-evento e danno-consequente ammette che il criterio eziologico *ivi* operante non sia diverso da quello che opera nei processi causali reali (artt. 40 e 41 cod. pen., con gli adeguamenti di volta in volta selezionati): cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, cit., 166, ma ancora più chiaramente FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., 104, nt. 8, che osserva come «i criteri posti a fondamento delle due causalità [materiale e giuridica] sono in ultima istanza i medesimi». Frequente era l'uso dello stesso criterio anche in giurisprudenza: cfr. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., 402. A maggior ragione, una volta individuato, in seno alla responsabilità contrattuale, l'unico segmento causalmente rilevante nel rapporto inadempimento/eventi lesivi ulteriori (o danni consequenziali), nessun dubbio potrà sorgere sull'applicabilità al medesimo del criterio del «più probabile che non». Se invero, come abbiamo visto, il rapporto tra condotta debitoria e inadempimento non si spiega in termini causali ma di identità, a quale altra relazione sarebbe applicabile tale criterio, risultato di una così impegnativa riflessione giurisprudenziale?

Nell'esempio, la *prestazione* cui si obbliga lo specialista consiste nell'impiego delle conoscenze e degli strumenti tecnici adatti al fine, questo si dedotto in obbligazione, di fornire una diagnosi corretta dello stato di salute del paziente. Il fine ultimo del paziente, evidentemente quello della guarigione mediante l'eliminazione dei sintomi, non entra a far parte del programma obbligatorio, in ragione dell'aleatorietà che lo contraddistingue. Di conseguenza, l'*inadempimento* consiste nell'aver ommesso di eseguire gli accertamenti necessari alla diagnosi.

Quanto ai danni, è da distinguere il *danno contrattuale in senso stretto*, che si identifica con l'inadempimento e consiste nel valore economico dell'ammacco della prestazione, dai *danni consequenziali*³¹⁰. Come anticipato, tuttavia, nelle obbligazioni del professionista come quella in questione, il primo danno è tipicamente privo di un intrinseco valore oggettivo poiché l'utilità che il creditore ne trae non è fine a sé stessa bensì strumentale al soddisfacimento del suo interesse ultimo: la guarigione. E' invero l'aggravamento della salute del paziente riscontrato dopo alcuni giorni che rappresenta il pregiudizio principale, ma questo *evento dannoso*, collocandosi in un momento strutturalmente e cronologicamente *successivo* all'inadempimento, sarà risarcibile solo in quanto «conseguenza immediata e diretta» dello stesso inadempimento, ovvero solo se a questo connesso eziologicamente. Questo è, del resto, l'*unico* rapporto di causalità rilevante: né è necessario accertare la sussistenza di un rapporto tra condotta omissiva del sanitario e inadempimento, termini che invero coincidono, né di quello – che l'impostazione tradizionale chiama di «causalità giuridica» – tra la lesione alla salute e i danni in concreto patiti, posto che questi ultimi altro non sono che la traduzione economica del primo.

³¹⁰ Proprio di danni – in questo senso – «consequenziali» ha parlato la giurisprudenza (CASS., 4.3.2004, n. 4400, cit.): «una volta affermato che anche in questa ipotesi trattasi di prestazione di mezzi (prestazione di attività professionale dei medici dipendenti) e non di risultato, è solo in relazione alla prima che può sussistere l'inadempimento, mentre il mancato raggiungimento del risultato sperato non costituisce di per sé inadempimento, ma può costituire solo *danno consequenziale* all'inadempimento della non diligente prestazione o della colpevole omissione dell'attività sanitaria».

Soffermandoci sul riparto probatorio, che qui più interessa, il paziente dovrà provare il nesso di causalità tra l'inadempimento ed il successivo danno alla salute; dovrà dimostrare, in concreto, che se gli fosse stato diagnosticato tempestivamente il male che lo affliggeva, sarebbero con ogni probabilità esistite le condizioni sufficienti per impedire il realizzarsi degli esiti irreversibili della patologia.

Fornita tale dimostrazione, spetterà al medico o dare la prova liberatoria prevista dall'art. 1218 cod. civ. (l'inadempimento non vi è stato o se c'è stato, esso è dipeso da impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile), o contestare l'esistenza del rapporto di causalità tra inadempimento e danno alla salute adducendo un'eventuale controprova. Deve però prestarsi la massima attenzione a non confondere – come sovente avviene in giurisprudenza – la *prova liberatoria* prevista dall'art. 1218 cod. civ. dalla *controprova* in punto di causalità tra danno alla salute ed inadempimento. La prima non attiene invero all'efficienza causale dell'inadempimento, ma – stando alla lettera dell'art. 1218 cod. civ. – alla derivazione dell'inadempimento stesso da un'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore; nell'esempio citato, il medico dovrebbe cioè provare che gli è stato *oggettivamente* impossibile eseguire gli esami necessari alla diagnosi. La seconda invece, presupposta l'incontrovertibilità dell'inadempimento imputabile, vede il sanitario fornire la controprova in punto di efficienza causale dell'inadempimento, cioè dimostrare che anche ove tempestivamente diagnosticato, l'ictus avrebbe comunque determinato gli esiti irreversibili.

Una volta persuasi della bontà dello schema logico prospettato, risulta ancora più agevole individuare i punti deboli dell'impostazione fatta propria dalle più volte citate sezioni unite del 2008³¹¹ sul riparto probatorio sul nesso di causalità.

Il Supremo Collegio accoglie la teoria bipartita della causalità, riconoscendo quella *materiale* tra la condotta del medico e l'inadempimento, considerato unico

³¹¹ CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit.

evento lesivo, e quella *giuridica* tra il suddetto evento lesivo e i pregiudizi concretamente sofferti. Correttamente la Corte esclude che il paziente debba fornire la prova del primo nesso di causalità – posto che, come rilevato *supra*, esso non solo non va provato ma proprio non esiste – tuttavia nel farlo dimentica che l’inadempimento in questione non arriva ad abbracciare la lesione alla salute (nel caso sottoposto all’attenzione dei giudici, l’aver il paziente contratto l’epatite) ma si arresta prima, all’omesso controllo sulla qualità del sangue trasfuso³¹². Cosicché la prova della causalità cd. giuridica, che la Corte stessa accolla al paziente mediante un’interpretazione scorretta dell’art. 1223 cod. civ., non avrebbe dovuto riguardare il rapporto tra pregiudizi concretamente patiti e danno alla salute, che peraltro si spiega in termini di stima e non di causalità, bensì il diverso rapporto tra contrazione dell’epatite e mancato controllo sul sangue da trasfondere. Sarebbe spettato al paziente, dunque, provare, anche mediante presunzioni – ancorché gravi, precise e concordanti – che, *più probabilmente che non*, egli aveva contratto il virus proprio in ragione della trasfusione di sangue infetto.

³¹² Esemplificativa in tale direzione è la ricostruzione che della pronuncia fa il Consigliere TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., 160, nt. 62, il quale, nell’intento – consapevolmente in controtendenza, cfr. *ivi*, 59 – di delineare un nesso di causalità materiale anche nella responsabilità contrattuale tra condotta debitoria ed inadempimento, rintraccia una differenziazione concettuale tra *condotta* (trasfusione di sangue) ed *evento di danno* (immissione nell’organismo del paziente di sangue infetto). Secondo il Consigliere è tra questi due parametri che va rintracciato il nesso di causalità. Non si comprende tuttavia come possano distinguersi i due termini della relazione: presunto – come dev’essere – l’inadempimento, non è concepibile una condotta diversa dall’immissione del sangue infetto, e di conseguenza viene a saltare il primo termine della supposta causalità *materiale*. Inoltre l’*evento di danno* lamentato dal paziente non consiste tanto nell’immissione di sangue infetto, quanto nella lesione alla salute subita (contrazione epatite), questa sì, che alla prima deve essere legata da un vincolo di consequenzialità.

5. *Discrimen ontologico tra mezzi e risultato: l'obbligazione di cura di fonte contrattuale*

Una ricostruzione, quella qui fornita, tanto lineare quanto fragilmente «appesa ad un filo», posto che è sufficiente mutarne un solo presupposto per vederla infrangersi sul muro dell'incoerenza sistematica.

Il riferimento è, come facilmente intuibile, a cosa debba intendersi per *oggetto dell'obbligazione sanitaria*.

Fin qui abbiamo presupposto, peraltro in linea con gli intendimenti – almeno formalmente dichiarati – della giurisprudenza maggioritaria, che la prestazione di cura consista nell'esecuzione *oggettivamente* corretta, *rectius* perita, dell'attività diagnostica, terapeutica e chirurgica, pur apprezzabile, in linea con gli insegnamenti della migliore dottrina, in termini di raggiungimento o meno di (sub-)risultati determinabili *a priori*. Abbiamo escluso, cioè, che l'interesse finale del creditore (guarigione o conservazione dello stato di salute attuale) possa entrare a far parte del programma obbligatorio, in ragione dell'aleatorietà che contraddistingue tali accadimenti, e della conseguente irragionevolezza del porre a carico del sanitario il rischio della loro mancata verifica.

L'assetto giuridico è tuttavia destinato a mutare drasticamente se si estende l'oggetto dell'obbligazione del medico fino a farvi rientrare il «buon esito» della terapia, ovvero la guarigione del paziente, trasformandola in obbligazione *di risultato*, se non *di garanzia*. In tal caso, il *danno alla salute* consistente nella mancata guarigione sarebbe inquadrabile nel *danno contrattuale in senso stretto* e, coincidendo con l'inadempimento, non sarebbe necessario provarne la derivazione causale³¹³.

E' proprio questo, del resto, il meccanismo attivato sia dalla giurisprudenza «degli interventi cd. di facile esecuzione», laddove la vincolatività del risultato

³¹³ Sulla ricostruzione storica, nonché sul significato attuale della dicotomia obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato v. *amplius supra*, cap. II.

discendeva dal carattere routinario dell'intervento, contraddistinto da altissime probabilità di successo, sia dalle famose sezioni unite del 2008, le quali, generalizzando la disciplina degli interventi di *routine*, hanno reso – almeno a parole – le regole di riparto indipendenti dal carattere, facile o difficile, del trattamento medico.

Questo è perciò il nucleo fondante il processo di «oggettivizzazione»³¹⁴ della responsabilità medica, riconosciuto da più parti e osservato dalla dottrina con crescente preoccupazione³¹⁵.

Viene spontaneo interrogarsi, a questo punto, circa la legittimità del processo di estensione dell'oggetto dell'obbligazione sanitaria; se, in particolare, questo sia variabilmente interpretabile, o se invece esistano dei limiti – volontaristici e/o legali – invalicabili per l'interprete. In altre parole, in che misura è legittimo includere nella prestazione medica il soddisfacimento dell'interesse ultimo del paziente, teso alla guarigione?

In ragione della diversa fisionomia, è opportuno affrontare la problematica trattando separatamente il caso delle obbligazioni mediche di fonte contrattuale, da quelle di fonte legale.

³¹⁴ «Oggettivizzazione» in senso *atecnico*, poiché riferita non all'esclusione del profilo soggettivo, questo già scontato, ma alla prescindibilità da quello causale. Più correttamente dovrebbe quindi parlarsi di trasformazione della responsabilità medica in una sorta di responsabilità «presunta».

³¹⁵ Cfr., tra i vari autori sensibili alla problematica legata alla trasformazione dell'obbligazione del medico in *obbligazione di risultato* «(finale)», DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., 444 s.; ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori?*, cit., 308 s.; PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., 446; GAZZARRA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, cit., 1002 e 1008 s.; NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 875 s.; LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del «più probabile che non»?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 332; TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit., 56; ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218; NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., 236; M. GORGONI, *Quando è «più probabile che non l'esatto adempimento»*, cit., 1600; BARBARISI, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2012, 404 s.; MUSSI, *Quando il criterio della sufficiente probabilità scientifica diventa l'unico indice presuntivo della colpa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1142 ss., spec.1146; FACCIOLI, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa*, in *Resp. civ.*, 2012, 533 ss.

Quanto alle prime, esse sorgono in virtù della conclusione, tra medico e paziente, di un contratto d'opera professionale, previsto dagli artt. 2229 ss. cod. civ. A riguardo, è anzitutto opportuno guardare alla disciplina del tipo contrattuale, la quale, ancorchè non esplicita sul punto, offre importanti spunti dai quali desumere l'estraneità dell'interesse ultimo del cliente all'obbligazione del professionista³¹⁶.

La prima considerazione attiene alla differenza intercorrente tra prestazione d'opera manuale e professionale in ordine al compenso dovuto al prestatore. Mentre nel primo caso, infatti, si fa riferimento al *risultato ottenuto*, oltre che al lavoro necessario per realizzarlo, nell'opera intellettuale il legislatore ricorre a criteri indipendenti dal soddisfacimento o meno dell'interesse finale del committente, e legati piuttosto al prestigio sociale e all'onorabilità delle categorie professionali³¹⁷.

La seconda è invece rinvenibile nell'art. 2236 cod. civ., che disciplina la responsabilità del prestatore d'opera. Nel riferimento alla particolare difficoltà tecnica del problema posto al professionista quale limite all'affermazione di responsabilità, se non è corretto leggersi – come del resto fa la dottrina tradizionale – la natura colposa dell'inadempimento, emerge tuttavia il ruolo centrale che la legge attribuisce alla diligenza, o meglio, alla *perizia*, nel giudizio di responsabilità. E' dato riscontrare, in altre parole, nella lettera della legge, la volontà del legislatore di ancorare l'inadempimento non al risultato finale raggiunto dal professionista, ma agli strumenti tecnici ed intellettuali impiegati *per raggiungerlo*³¹⁸.

³¹⁶ Cfr., sul contratto d'opera professionale in generale, MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2009, sub artt. 2229-2238.

³¹⁷ Cfr. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 49 e MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 283 ss.

³¹⁸ Cfr. ancora sul punto CATTANEO, *op. loc. ultt. citt.* e MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 359 ss. Coerentemente spiega P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 45, che l'art. 2236 cod. civ. «intende semplicemente escludere che una responsabilità possa derivare, in base al senno di poi, da scelte che necessariamente implicano una certa assunzione di rischio; ciò anche allo scopo di consentire al professionista di operare con serenità e di non indurlo a pratiche “difensive”, che finirebbero per risolversi in un danno per i suoi clienti».

Tale interpretazione risponde peraltro ad esigenze di giustizia sostanziale; essa è invero idonea a soddisfare l'esigenza, da un lato, di evitare di porre a carico del debitore risultati aleatori, che escono dalla sua sfera di dominabilità³¹⁹, dall'altro di tutela dell'ampia sfera di *discrezionalità* che connota l'attività del professionista³²⁰, impedendo scelte viziate alla base dal timore di rappresaglie da parte del committente.

Tali ragioni valgono a maggior ragione per l'esercente la professione sanitaria. Con le parole di una parte della dottrina maggioritaria, «data la funzione sociale dell'attività medica correlata alla rilevanza costituzionale della salute vi è interesse della collettività a non fomentare litigiosità e a non scoraggiare il medico. Ciò dovrebbe portare a far corrispondere il più possibile il risultato dovuto alla perizia dovuta nel caso concreto»³²¹.

³¹⁹ Sul profilo dell'aleatorietà, cfr. CATTANEO, *op. cit.*, 45 s.; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 43; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 117.

³²⁰ Cfr. GIACOBBE, voce «Professioni intellettuali», in *Enc. del dir.*, XXXVI, 1987, 1083 ss.; BUSONI, *op. cit.*, 12 ss. Non sembra corretto ritenere che nelle materie, come quella medica, dove forte è l'impatto spiegato dalla scienza e dalla tecnologia, vi sia meno spazio per la discrezionalità del professionista. Forse l'assunto può essere ristretto al caso in cui lo sviluppo scientifico e tecnologico abbia prodotto *un solo* approccio utile al problema. Ma quando invece, come il più delle volte accade, la ricerca abbia portato all'enucleazione di una *pluralità* di strategie alternative, lo spettro della discrezionalità sarà al contrario ancora più ampio. Senza contare che molto spesso l'impiego di nuove tecnologie genera rischi ancora sconosciuti. Sul rapporto tra discrezionalità e scienza in medicina, cfr. CAFAGGI, voce «Responsabilità del professionista», cit., 169 s.

³²¹ Così NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 877. Nella medesima direzione si era espresso uno dei più fini studiosi della dicotomia mezzi/risultato: «Ciò che si attende dal debitore [professionista], affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio a un processo di mutamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo. Tipica l'obbligazione del medico. L'interesse, che è la premessa del rapporto stretto dal cliente col medico, tende al mutamento di uno stato di malattia (situazione iniziale) in uno stato di salute (situazione finale). Invero fine della medicina, è così ciò per cui si ricorre all'arte medica, è la sanità. Ma il risultato dovuto, ossia il termine finale dell'obbligazione, non è la guarigione, bensì un complesso di cure adatte a guarire: in breve, una buona cura. La guarigione dipende troppo poco dalla volontà del medico e dalla collaborazione del malato, perché possa essere dedotta in obbligazione. Il medico può soltanto mettere in essere alcune condizioni necessarie o utili per promuovere il risanamento dell'infermo: ma la riuscita della cura esige purtroppo la presenza di altri elementi, sui quali il medico non ha potere» (MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. (*Studio critico*), cit., 146 s.). E' una consapevolezza, questa, che riesce difficile spiegare in termini tecnico-giuridici, se non ricorrendo ad improbabili riferimenti all'*aleatorietà* del risultato finale ed una sua pretesa incompatibilità con la *causa* stessa del contratto d'opera professionale, ma che ciononostante permea pesantemente l'argomentare giuridico su questi temi. Si tratta peraltro di una presa di coscienza piuttosto antica, come dimostra questo passaggio di ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 3, 1112 b (citato per esteso da

6. Segue: ipotesi derogatorie

Il carattere «di mezzi» dell'obbligazione sanitaria, pur se reinterpretato alla luce delle più virtuose istanze dottrinali, è dunque senz'altro quello maggiormente in linea non solo con la disciplina del contratto d'opera professionale, ma anche con le istanze di giustizia sostanziale.

E' doveroso, tuttavia, chiedersi se esso sia destinato a valere in via generale ed esclusiva, o se la sua applicazione soffra di alcune ipotesi derogatorie, come postulato da una parte cospicua della dottrina.

Si prendano in considerazione le ipotesi di trattamenti medici la cui probabilità di successo sia, se non certa, quantomeno altissima. Si badi: il campo di applicazione supposto non coincide con quello degli interventi che la giurisprudenza risalente chiamava di *routine*, ma è molto più circoscritto, abbracciano solo i trattamenti la cui semplicità esclude, *in astratto*, quasi completamente la possibilità di interferenza di fattori esterni³²².

MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 118, nt. 52): «il medico non delibera se debba guarire, né l'oratore se debba persuadere (...) bensì, dopo essersi posti il fine, badano a come e attraverso quali mezzi lo potranno realizzare; e tra molti mezzi attraverso quale il fine possa realizzarsi più facilmente e meglio».

³²² Si tratta di una strada percorsa di recente dalla giurisprudenza (cfr. CASS., 16.1.2009, n. 975, cit. e CASS., 40.4.2012, n. 6275, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 107, con la citata nota di MUSSI), la quale, probabilmente nell'intento di circoscrivere i principi enunciati dalle sezioni unite nel gennaio del 2008, rispolvera gli interventi di *routine* – sebbene qui sembra interpretati più ristrettamente rispetto agli «originali» – e li utilizza per giustificare l'esenzione del danneggiato dalla prova del nesso di causalità: cfr. FACCIOLI, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica*, cit., 533 ss. e LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in *Giur. merito*, 2009, 104. Quando l'intervento presenta altissime probabilità di esito favorevole, allora questo entra a far parte del programma prestazionale, essendo sufficiente al paziente allegare l'esito infausto o il mancato miglioramento. Già in origine (cfr. CASS., 21.12.1978, n. 6141, cit.) la routinarietà dell'intervento era funzionale alla presunzione causale, la differenza è che oggi – in un momento in cui non ha più senso parlare di presunzione di colpa – la giurisprudenza lo ammette esplicitamente. Nel farlo tuttavia la Cassazione non rievoca, come sarebbe stato più corretto, la categoria delle obbligazioni di risultato, ma argomenta in punto di criteriologia causale: «l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di *routine*, o, comunque, con late probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova del (...) nesso di causalità. (...) Se è vero, infatti, che il mancato o incompleto raggiungimento del risultato non può, di per sé, implicare inadempimento (o inesatto adempimento) dell'obbligazione assunta dal professionista e dalla struttura sanitaria, è anche vero che il totale insuccesso di un intervento di routine e dagli esiti normalmente favorevoli (...) si presenta come possibile ed altamente probabile conseguenza dell'inesatto adempimento della

Ebbene, ove pure – stando alla letteratura scientifica – astrattamente ipotizzabili, gli interventi con altissime probabilità di successo non sembrano poter costituire, *in concreto*, categoria giuridica rilevante ai fini dell'individuazione dell'oggetto della prestazione medica. Gli studi scientifici si riferiscono invero all'esecuzione dell'intervento su di un tessuto neutro, lasciando inevitabilmente fuori dall'analisi, o relegando nelle ipotesi di infrequente verifica, la casistica influenzata – spesso in negativo – dalle incontrollabili risposte legate al carattere unico ed imprevedibile che connota ciascun essere umano. Anche in questi casi, in altre parole, si finirebbe per porre a carico del medico il rischio di una causa troppo spesso imperscrutabile.

Ciò non significa, però, che il dato relativo all'altissima probabilità di successo di un intervento sia insignificante nella dinamica processuale. Esso potrà invero acquistare valore nell'accertamento della sussistenza del nesso di causalità, facilitandone la prova per il paziente, *che ne rimane tuttavia onerato*.

All'opposto, la risposta al quesito presentato in apertura del paragrafo sembra possa essere positiva per il diverso caso in cui il successo dell'intervento venga *promesso* dal medico al paziente. Più semplicemente, la regola che pone il risultato finale *al di fuori* dell'obbligazione del sanitario non ha natura imperativa, e di conseguenza, in linea con il principio dell'autonomia contrattuale delle parti, non impedisce che queste possano derogarvi consensualmente.

Gli esempi riportati in dottrina sono molteplici e tendono a riferirsi ad alcuni determinati settori della medicina, quali la medicina estetica, la chirurgia finalizzata alla sterilizzazione o al mutamento di sesso, o il settore dell'ortodonzia. Se è vero che in tali ambiti è frequente la deduzione in contratto di un risultato finale, predeterminabile a priori per qualità e prestazioni, è pur sempre importante sottolineare che non è la semplice riconducibilità astratta a tali

prestazione e, alla stregua dei criteri di accertamento del nesso di causalità nel settore della responsabilità civile, giustifica, così la prova della relazione causale» (così CASS., 16.1.2009, n. 975, cit.). Un'altra volta la Cassazione, interpretando malamente il criterio del «più probabile che non», confonde i due distinti piani dell'onere della prova e della criteriologia di verifica causale: la «probabilità *logica* prevalente» interviene *ex post*, ad attribuire rilevanza decisiva agli elementi di prova *già* in concreto forniti dalla parte e non *ex ante*, quale regola evidenziale idonea a sostituirsi alle prove delle parti (il tema è stato ampiamente affrontato *supra*, cap. II, par. 12)

categorie di trattamenti a determinare l'estensione dell'obbligazione medica, il cui fondamento rimane pur sempre l'*accordo* in tal senso raggiunto dalle parti. In tali casi, quindi, il significato giuridico dell'appartenenza ad uno o all'altro settore medico del trattamento dedotto, si limiterà a mero ausilio interpretativo, se peraltro necessario, rispetto all'oggetto dell'accertamento, cioè la volontà delle parti.

7. L'obbligazione di cura di fonte legale: obblighi di protezione tra mezzi e risultato

Il percorso logico-ricostruttivo qui prospettato non può ritenersi concluso se non dopo aver preso in considerazione l'altro possibile contenuto dell'obbligazione sanitaria: l'obbligo di protezione³²³.

Come già abbiamo avuto modo di osservare, secondo dottrina e giurisprudenza consolidate, esso costituisce un oggetto indefettibile dell'obbligazione del medico, idoneo ad affiancarsi alla prestazione dovuta o, addirittura, a sostituirla come avviene nel caso del «contatto sociale qualificato» tra medico strutturato e paziente. Esso mira alla tutela della salute nell'accezione più vasta nel termine ed importa per il medico l'obbligo di astenersi, in occasione dell'esecuzione del trattamento, da qualsiasi condotta che possa in qualche modo pregiudicare la sfera psico-fisica del paziente.

Atteggiandosi a dovere finalisticamente indirizzato alla *conservazione* – e non alla modifica – della sfera giuridica della controparte attraverso l'astensione da condotte illecite, esso si avvicina in realtà molto al generico *neminem laedere*, tipico della responsabilità extracontrattuale. Sappiamo tuttavia che la violazione di questo tipo di obbligo risulta più correttamente inquadrabile nell'ambito della responsabilità da inadempimento, nella misura in cui l'ordinamento offre tutela contrattuale non solo all'aspettativa del creditore alla prestazione, ma, mediante la

³²³ Sugli obblighi di protezione in generale, v. *amplius supra*, cap. I, parr. 5 e 6.

valorizzazione del principio di buona fede oggettiva, anche a quella di non subire illecite interferenze nella propria sfera giuridica durante l'esecuzione del contratto o semplicemente dopo aver maturato nei confronti della professionalità del debitore, in presenza delle note condizioni, un legittimo affidamento in tal senso³²⁴.

Sin dall'introduzione della figura nel nostro ordinamento, gli obblighi di protezione a carico del medico sono stati inquadrati dalla dottrina come *obbligazioni di risultato*³²⁵. Del resto si tratta di un vincolo che ne rievoca perfettamente la struttura: il risultato – conservazione dell'integrità psico-fisica del paziente – non solo si erge ad oggetto dell'obbligo di protezione³²⁶, ma costituisce l'unico parametro per verificarne l'adempimento.

Ciononostante, ci troviamo di fronte all'unico caso in cui – eccezionalmente – l'eventuale mancato raggiungimento del risultato dedotto in obbligazione non esaurisce, di per sè solo, la questione della riconduzione causale del relativo danno al fatto del debitore.

La struttura dell'obbligazione di protezione si contraddistingue proprio per l'assenza di una prestazione in senso tecnico: la «protezione» non può essere invero oggetto di una pretesa da parte del creditore per il semplice fatto che non ne è concepibile un adempimento in natura diverso dalla mancata produzione del danno. E' tale differenza strutturale che ha indotto gli stessi teorici italiani dell'istituto a propendere per un'applicazione non diretta, bensì *analogica*³²⁷, della disciplina della responsabilità per inadempimento prevista all'art. 1218 cod. civ.

³²⁴ Cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 692 s.

³²⁵ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. (*Studio critico*), cit., 244; DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 124; TRAVAGLINO, *Colpa medica e onere della prova – verso una responsabilità paraoggettiva?*, reperibile *on line*, 5, nt. 10; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 691. Alcuni vi hanno riconosciuto l'assunzione di una garanzia: MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, 2003, 157 ss.

³²⁶ Del resto non potrebbe essere altrimenti, posto che l'individuazione in positivo dell'oggetto di questa obbligazione peccherebbe di eccessiva *indeterminatezza*. E' peraltro proprio la predeterminazione del risultato lesivo da evitare che distingue tali obblighi dal generico *neminem laedere*: cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 685 ss.

³²⁷ Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, 503, nt. 200 e MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 131, il quale però sembra ammettere

E come ogni applicazione analogica di norme, questa varrà *nei limiti della sua compatibilità* con la fattispecie *a quo*. Ebbene, ancorchè la dottrina non appaia troppo esplicita sul punto, sembra che il richiamo analogico all'art. 1218 cod. civ. sia operativo per l'*elemento soggettivo*, che rimane anche qui irrilevante ai fini giudizio di inadempimento, se non, in negativo, in sede di prova liberatoria. Applicabile sarà dunque il riparto così come delineato dalle sezioni unite del 2001³²⁸, spettando al danneggiato la mera allegazione dell'inadempimento³²⁹.

L'opzione interpretativa è del resto obbligata, nella misura in cui oscurando tale scelta ermeneutica non residuerebbe più alcuna differenza con la disciplina extracontrattuale, facendo perdere di utilità l'intera categoria degli obblighi di protezione.

Al medesimo risultato non sembra però possibile giungere per quanto riguarda il *nesso di causalità* tra il danno prodottosi e la condotta debitoria. Sebbene normalmente il danno coincidente con l'inadempimento (*danno contrattuale in senso stretto*) non ponga alcun problema di causalità, nel caso degli obblighi di protezione si deve affermare l'esatto contrario³³⁰.

l'intermediazione analogica solo in via eventuale: «l'art. 1218 è applicabile anche alla violazione dei doveri di protezione, se non direttamente, per analogia». Più recentemente, v. THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, I, 2009, 348 ss.

³²⁸ CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533. *Contra* NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 878, il quale esclude l'applicabilità della sentenza richiamata perché nel caso degli obblighi di protezione difetta il requisito della *prestazione*.

³²⁹ Non pare possa portare a risultati in concreto diversi la proposta di DE CRISTOFORO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 585 e 610, di applicare alla violazione degli obblighi di protezione il riparto probatorio tipico dell'inadempimento di obbligazioni di *non facere*. Anche in quest'ultimo caso, infatti, la prova dell'inadempimento si tradurrebbe, in concreto, nella mera allegazione del danno subito.

³³⁰ Poche e sfuggenti, ma sicuramente autorevoli, sono le riflessioni degli studiosi sul punto. Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. (*Studio critico*), cit., 230, spec. nt. 15, laddove l'a., discorrendo della violazione dell'obbligo di protezione, afferma che «Perché si possa parlare di responsabilità contrattuale è necessario dunque che il danno, subito dalla persona o dalle cose di una delle parti sia causato da un'attività dell'altra parte, essenzialmente connessa all'esecuzione del contratto. Non basta accertare che il danno non avrebbe potuto verificarsi senza il contratto (...), ma occorre accertare una relazione di causalità e non di semplice occasione col contratto»; CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 90, nt. 40: «Una questione causale si pone con riguardo alla violazione degli obblighi di protezione»; DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, 187, il quale tratta i danni da violazione degli obblighi di protezione alla stessa stregua dei danni «conseguenziali», per i quali incombe la prova della causalità sul danneggiato; PIRAINO,

Come ci suggerisce la locuzione dei «danni alla persona subiti *a causa o in occasione* dell'esecuzione del rapporto obbligatorio» utilizzata per individuare l'oggetto della protezione, ai fini risarcitori è necessaria la sussistenza di un rapporto di derivazione casuale del danno dalla condotta attiva od omissiva del debitore. La condotta che avrebbe dovuto tenere il debitore è infatti circoscrivibile, *in negativo*, non dall'astratta produzione di un qualsiasi danno alla persona, ma di *danno* – per così dire – *qualificato*, ovvero prodotto dal debitore stesso; detto in termini opposti, essa manca della determinatezza, *in positivo*, necessaria per potervi ricondurre automaticamente un certo tipo di danno.

Ecco perché il giudizio di inadempimento, sicuramente indipendente dal profilo della colpevolezza, è strettamente connesso alla prova che il danno occorso è dipeso dall'attività posta in essere dal debitore in esecuzione del rapporto obbligatorio.

Il profilo causale nella violazione degli obblighi di protezione, se non è affrontato *funditus* dalla dottrina italiana, è invece stato oggetto di un ampio dibattito in seno a quella tedesca, che qui, per l'affinità delle conclusioni, è quanto mai opportuno richiamare.

All'indomani dell'introduzione in Germania della teoria degli obblighi di protezione e dunque ben prima della *Modernisierung* del 2001, la dottrina si è immediatamente interrogata su quale fosse la disciplina del riparto probatorio applicabile alla responsabilità da violazione di tali obblighi³³¹. Ci si chiedeva, in particolare, se vi si dovesse applicare analogicamente la disciplina della responsabilità contrattuale prevista dal § 282, che allora regolava le sole ipotesi di

Adempimento e responsabilità contrattuale, cit., 646, spec. nt. 395. Inoltre sembra porsi sulla stessa linea TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., 59, il quale propone il superamento dell'impostazione che nega rilevanza, in sede contrattuale, alla causalità materiale in quanto obsoleta, «specie dopo l'avvento della responsabilità da contatto sociale», così mettendo in luce la sensibilità causale propria della responsabilità da violazione degli obblighi di protezione.

³³¹ Cfr. STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, in *Arch. civ. Pr.*, 176, 1976, 146 ss.; RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Pr.*, 147, 1932, 217; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 371 ss.; CANARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1983, traduzione in italiano a cura di DI MAJO e MARELLA, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 802 ss.; VON BAR, in *Juristenzeitung*, 1979, 729.

impossibilità della prestazione e di ritardo prevedendo una presunzione di responsabilità a carico del debitore, o se dovesse essere conosciuta una disciplina *ad hoc*.

La tesi minoritaria³³², che optava per l'applicazione del § 282 con conseguente esenzione del creditore dalla prova sia della colpa che del nesso di causalità tra questa e il danno, fu fortemente criticata da una parte consistente della dottrina, che ne contestava soprattutto l'inadeguatezza sotto il profilo della prova della causalità³³³. I critici, che diedero vita all'orientamento tutt'oggi prevalente, sostenevano all'opposto che, in tutti i casi diversi dalla violazione dell'obbligo primario di prestazione, mai si sarebbe potuto prescindere dalla prova del nesso eziologico. Secondo questa impostazione, infatti, la presunzione della causalità non può operare allorché, come nel caso della violazione di un obbligo di protezione, vi sia la possibilità che il danno occorso sia dipeso da *fattori diversi* dal comportamento del debitore³³⁴.

E' da ultimo importante segnalare, nonostante l'affinità rinvenibile sul profilo probatorio, la differenza tra il danno alla salute derivante dall'inesatta esecuzione della prestazione sanitaria (cd. danno consequenziale) e quello cagionato in violazione dell'obbligo di protezione. Se invero per entrambi è necessario che il paziente provi la derivazione causale dal fatto del debitore, ciò accade per ragioni diverse.

Mentre il primo è un *posterius* rispetto all'inadempimento e perciò ne va provata, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., la consequenzialità, il secondo costituisce – al pari del danno contrattuale in senso stretto – l'*in sé* dell'inadempimento, tuttavia si pone ugualmente il problema causale poiché in tanto c'è

³³² Cfr. RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, cit., 220 ss.

³³³ Cfr. STOLL, *Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen*, in *Festschrift für Hippel*, 1967, 535; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 371 ss.

³³⁴ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 372: «Der bloße Umstand, daß der Gläubiger bei Gelegenheit der Durchführung des Schuldverhältnisses einen Schaden erlitten hat, rechtfertigt noch nicht stets die Vermutung, daß die Ursache dieses Schadens in einem pflichtwidrigen Verhalten des Schuldners (...) gelegen sei». Per la trasposizione del principio in ambito di responsabilità medica, cfr. BAUMGÄRTEL, in *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, I, Köln, 1981, 512.

inadempimento, in quanto il danno è stato cagionato dal medico in occasione del trattamento.

8. Le tecniche di alleggerimento del carico probatorio: il risarcimento della perdita di chance

La trattazione non sarebbe completa se non si facesse almeno un accenno a quella particolare posta di danno, di creazione giurisprudenziale, che molto sembra influenzare il piano causale: il danno da perdita di *chance*.

Si è soliti individuare tale pregiudizio nella perdita, conseguente ad un illecito, «di una certa probabilità, quantificabile in percentuale, di raggiungere un risultato favorevole o di evitare un effetto non voluto»³³⁵. Fin troppo evidente il vantaggio per il danneggiato: a fronte dell'impossibilità di provare la certa riconduzione eziologica di un dato evento lesivo all'inadempimento (o in generale all'illecito altrui), l'ordinamento gli riconosce la possibilità di essere risarcito per aver lo stesso inadempimento quantomeno escluso la possibilità o diminuito le probabilità che tale lesione non si verificasse.

Il fatto che la mera possibilità/probabilità di un dato evento acquistino dignità risarcitoria ha determinato la fortuna di tale figura giuridica soprattutto in ambiti, primo tra tutti quello medico-sanitario, caratterizzati da una forte incertezza causale³³⁶. La *chance* viene così presto accolta dalla giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sui casi di *malpractice*, affermandosi come posta risarcitoria tipicamente riconosciuta. Tuttavia, alla sistematicità del suo riscontro non si accompagna un altrettanto coerente inquadramento dogmatico dell'istituto,

³³⁵ PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 81.

³³⁶ Cfr. MIOTTO, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della «possibilità» (o «probabilità» dal contenuto della perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2049: «indubbiamente quella della responsabilità medica da perdita di *chance* appare una materia privilegiata perché, nel campo della medicina, la stima delle probabilità di una guarigione o di una maggior sopravvivenza (...) in molti casi è possibile e anche relativamente precisa».

il quale – soprattutto quanto a natura giuridica ed effetti – risulta sovente claudicante e contraddittorio.

Prima di vagliare le risposte offerte dalla giurisprudenza al problema delle *chances* in ambito di responsabilità medica, sembra opportuno ricostruire, seppur brevemente, il quadro istituzionale di riferimento, dando conto delle diverse linee interpretative che si sono confrontate in punto di danno da perdita di *chance* fin dal suo accoglimento nel nostro ordinamento.

Il tema che maggiormente ha diviso la dottrina e la giurisprudenza «delle *chances*», riguarda sicuramente la *natura giuridica* dell'istituto, sulla quale si sono da sempre fronteggiate due diverse teorie, che si suole rispettivamente chiamare *eziologica* ed *ontologica*.

Secondo un primo filone, cd. *eziologico*, la *chance* acquista rilevanza in quanto proiezione meramente possibilistica del *risultato finale* favorevole che il soggetto avrebbe raggiunto ove l'evento lesivo non si fosse prodotto; si tratta pur sempre, in sostanza, della lesione del bene finale, realizzata però non in termini certi ed attuali, bensì meramente ipotetici. La dottrina vede in tale pregiudizio una *species* del lucro cessante, dal quale si distingue esclusivamente in ragione del minor grado di certezza del raggiungimento dell'utilità sperata³³⁷. Il meccanismo d'operatività è fin troppo chiaro: a fronte dell'estrema difficoltà di accertare il nesso di causalità tra inadempimento e danno in base al criterio del «più probabile che non», ci si accontenta di probabilità ancora più basse sul presupposto della sufficiente ipoteticità di realizzazione del risultato finale. Il bene giuridico tutelato, in altre parole, rimane il medesimo, ciò che muta è il grado di certezza

³³⁷ Cfr. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 184; PRINCIGALLI, *Perdita di chance e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 324; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Istituzioni di diritto civile*, III, Utet, 1989, 715 ss.; ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 2000, 677. Inquadrano la *chance* nel lucro cessante, ma in una prospettiva parzialmente difforme (v. *infra*), CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 322, dove l'a. parla di «lucro cessante ipotetico»; MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, ivi, 2010, 71 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 144 ss.

della relativa lesione: certo nel lucro cessante ordinario, solo probabile per la *chance*³³⁸.

Le critiche a tale ricostruzione non si sono fatte attendere. La prima censura punta all'inqualificabilità della *chance* nei termini di un lucro cessante, posto che di questo non soddisferebbe il giudizio ipotetico sulla *necessaria* certezza/elevata probabilità di verifica dell'accrescimento patrimoniale³³⁹. Mentre il mancato guadagno è quell'utilità che sicuramente il danneggiato avrebbe conseguito se non si fosse verificato l'illecito, la *chance* non consente di dimostrare né che il vantaggio sarebbe stato conseguito, né che sono certe le condizioni per conseguirlo³⁴⁰. Tale differenza non solo quantitativa (grado di probabilità) ma anche qualitativa (realtà da una parte, mera ipotesi dall'altra) dimostra l'incomunicabilità giuridica tra lucro cessante e *chance*.

La seconda critica, più pratica, attiene all'effetto distorsivo che questa tipologia di danno avrebbe sul piano della causalità. Il delineato diverso modo di atteggiarsi del rapporto inadempimento-risultato finale, spiegato non più in termini di certezza *giuridica*, ma di mera possibilità, porta invero gli interpreti ad affiancare al criterio eziologico ordinario del «più probabile che non», un diverso parametro che si ritiene soddisfatto con il raggiungimento di soglie probabilistiche molto più basse. Inferiorità che, lungi dal rimanere fine a sé stessa, spiega i suoi effetti in fase di liquidazione del danno: il risarcimento, parametrato all'interesse finale, sarà invero proporzionale alla percentuale di *chances* perdute di realizzarlo.

Tale impostazione ci consegna quindi una causalità «a geometria variabile», che indossa criteri di verifica diversi a seconda del tipo di lesione da riconnettere all'inadempimento. Niente di più concettualmente errato, e non

³³⁸ Cfr. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, cit., 662: «Se si assimila la chance al lucro cessante [ordinario], si rimane in presenza di un pregiudizio solo potenziale o eventuale, e quindi, collegato in modo incerto all'evento dannoso, con la conseguenza che il danno derivante da perdita di chance proprio perché privo di certezza non può essere risarcito. Se considerata quale mancato raggiungimento del risultato finale la chance diviene effettivamente strumento dell'accertamento probabilistico del nesso di causalità».

³³⁹ Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 330; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 513.

³⁴⁰ Cfr. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 78.

certo per una pretesa unitarietà ontologica del concetto di causa – che anzi sappiamo essere il risultato, se non nelle scienze quantomeno in diritto, di un procedimento di selezione di stampo prettamente epistemologico – bensì per l'incompatibilità logica, prima che giuridica, con il criterio consacrato dalla giurisprudenza come ordinario: quello del «più probabile che non»³⁴¹.

La giurisprudenza ha invero accolto il principio secondo cui per la responsabilità civile, esiste un rapporto di causalità tra due eventi quando «più probabilmente che non» il primo è causa, secondo la miglior scienza ed esperienza, del secondo. Se dunque, superata la soglia del 50%, esiste causalità, al di sotto di tale limite essa non sussiste. Ammettere la risarcibilità in presenza di probabilità di verifica inferiori a tale limite significa inevitabilmente far saltare il presupposto che regge la regola della *probabilità logica prevalente*³⁴². Si badi: entrambi i criteri sono astrattamente ammissibili, ma sicuramente essi non possono coesistere, tanto più che entrambi sono finalizzati al collegamento dell'inadempimento con la lesione del medesimo bene della vita, sebbene vista da angoli prospettici diversi.

Nell'intento di superare le censure mosse ai sostenitori del filone eziologico, si apre la via ad una seconda ipotesi ricostruttiva della perdita di *chance*, concepita non più come perdita *possibile* di un *risultato utile* (concezione eziologica), ma come perdita della *possibilità* di tale risultato (concezione ontologica)³⁴³. La mera sostantivizzazione dell'aggettivo «possibile» cambia completamente, a detta della dottrina maggioritaria, le regole del gioco. La cd. «reificazione della probabilità»³⁴⁴ se da un lato rende la *chance* definitivamente

³⁴¹ Cfr. PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., 111 s., dove l'a. parla di «difficile coesistenza tra la teoria delle probabilità perdute ed il tradizionale criterio di accertamento del nesso causale. La prima implica (...) che il risarcimento sia commisurato alla probabilità di causazione del danno laddove il secondo trasforma, almeno a fini legali, quella probabilità in certezza»; della stessa opinione TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit., 543 ss.

³⁴² Cfr. PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., 87: *quid iuris* nel caso di probabilità perdute molto elevate, ad es. dell'80-90%?

³⁴³ Cfr. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, cit., 55; DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1181; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 329 ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 283; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 84.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 714 s.;

³⁴⁴ Cfr. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., 64.

«altro» rispetto al risultato finale atteso, consentendole di liberarsi da tutti i problemi causali legati a quest'ultimo³⁴⁵, dall'altro conferisce al danno derivato dalla sua perdita quella certezza, concretezza ed attualità, la cui mancanza era stata contestata alla concezione eziologica. La perdita di *chance* va dunque qualificata non come lucro cessante, ma come danno emergente³⁴⁶, risarcibile sul presupposto – sganciato da indici probabilistici³⁴⁷ – dell'esistenza di una possibilità seria di risultato³⁴⁸, e liquidabile secondo un criterio equitativo non necessariamente parametrato alle probabilità di raggiungimento dell'utilità finale³⁴⁹.

Nonostante la maggiore stabilità argomentativa offerta dalla concezione ontologica della *chance*, nemmeno questa è andata esente da critiche da parte

³⁴⁵ Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Cedam, 2010, 262, secondo il quale «ai fini dell'*an* del danno ingiusto è sufficiente la sola perdita della chance, il grado di probabilità di successo è rilevante, invece, agli effetti del *quantum* del risarcimento» e FEOLA, *Il danno da perdita delle chance di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, 50.

³⁴⁶ *Contra* P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 148, il quale sottolinea come la definizione di *chance* fornita dal filone ontologico (perdita attuale di un elemento patrimoniale corrispondente ad un miglioramento futuro e probabile) non sia altro che la comune definizione del lucro cessante.

³⁴⁷ La dottrina e la giurisprudenza fedeli al filone «eziologico» – e a dire il vero anche alcuni sostenitori della concezione «ontologica»: cfr. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, 56 ss. e FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 85 – subordinano invero la risarcibilità della *chance* al superamento di determinate soglie quantitative (spesso del 50%) della probabilità di verifica, considerando le *chances* quantitativamente inferiori mere aspettative di fatto: cfr. PRINCIGALLI, *Perdita di chance e danno risarcibile*, cit., 324 e, in giurisprudenza, CASS., 24.1.1992, n. 781, in *Mass. Giust. civ.*, 1992 e TRIB. TORINO, 16.2.1998, in *Giur. it.*, 2000, 320.

³⁴⁸ La sussistenza della *chance* mal si concilia con il raggiungimento di una determinata soglia di *probabilità* di raggiungimento del risultato finale. In altri termini, «inadempimento» e «perdita di possibilità» non comunicano in termini probabilistici; se tra loro fosse dato riscontrare un rapporto causale, questo si porrebbe semmai in termini di «certezza», nel senso che l'inadempimento *ha* o *non ha* precluso la *chance*. Sul punto è molto chiaro MIOTTO, *Un grande equivoco*, cit., 2053. Nel medesimo senso v. anche D'ALESSANDRO, *La perdita di chance secondo la Cassazione civile, una tutela della "vittima" effettiva e praticabile*, in *Cass. pen.*, 2004, 2544. Tale è il convincimento accolto dalla giurisprudenza oggi maggioritaria: cfr., *ex multis*, CASS., 18.9.2008, n. 23846, in *Danno e resp.*, 2009, 538, con la citata nota di TASSONE: «sarebbe irragionevole risarcire la perdita di chance quando è presumibile o probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato un certo evento e non risarcirla quando la presunzione o la probabilità non sussistano (...). Il modo d'essere nell'uno e nell'altro senso della chance sarà semmai incidente soltanto sulla liquidazione del danno, nel senso che nel primo caso la perdita sarà maggiore e nel secondo minore o addirittura inesistente».

³⁴⁹ Tenendo conto che, come acutamente osservato in dottrina, il danno da perdita di *chance* dovrebbe aumentare in maniera *esponenziale* e non aritmetica con l'incremento delle possibilità perdute: cfr. PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 105.

della dottrina, la quale ha contestato la persistente poco chiara collocazione dell'istituto all'interno della teoria generale del danno.

In particolare, posta l'autonomia della *chance* rispetto all'utilità finale, non è dato comprendere se essa rappresenti un'*autonoma situazione giuridica soggettiva* tutelata dal nostro ordinamento, la cui lesione sarebbe perciò solo ingiusta e dunque astrattamente sempre risarcibile, oppure rappresenti una *mera perdita patrimoniale*. La questione non è di mera retorica giuridica, perché l'adesione all'una o all'altra alternativa potrebbe ridurre sensibilmente l'area di ammissibilità di tale posta di danno all'interno del nostro ordinamento.

Quanto alla prima ricostruzione, è stata ipotizzata da quanti riconoscono nella perdita di *chance* una lesione del *diritto all'integrità patrimoniale*³⁵⁰. Non sarebbe possibile, e nemmeno utile, in questa sede ricostruire i termini del dibattito sulla natura di tale fattispecie³⁵¹. Basti qui accogliere quella che è la posizione maggioritaria, la quale espunge in modo categorico l'integrità patrimoniale dalla categoria delle situazioni giuridiche soggettive la cui lesione doterebbe il conseguente danno della qualifica di ingiusto³⁵². Sebbene l'integrità al patrimonio non sia irrilevante per l'ordinamento – ed anzi potrebbe ammettersi il contrario sul presupposto della risarcibilità meramente eccezionale del danno non patrimoniale – elevarla a diritto autonomamente tutelabile per via risarcitoria significherebbe privare di significato ogni altra situazione soggettiva patrimoniale quale elemento la cui lesione è indispensabile per il risarcimento del danno.

³⁵⁰ Cfr. COLL. ARB. ROMA, 21.5.1996, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1998, 293 e APP. ROMA, 17.2.1988, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 640, con nota di NARDULLI. Si precisi, inoltre, che per i sostenitori della concezione eziologica il danno da perdita di *chance* è di per sé in giusto in quanto coincidente con la lesione del *bene finale*, che nella responsabilità medica è la *salute* del paziente.

³⁵¹ La risarcibilità extracontrattuale del danno da lesione dell'integrità patrimoniale è stata ammessa nel nostro ordinamento con la famosa sentenza del 1982 sul caso De Chirico (CASS., 4.5.1982, n. 276, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745 ss., con nota di DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*), ma aspramente criticata in dottrina. Per una ricostruzione delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza, si faccia rinvio a MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., *passim* e BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539.

³⁵² Cfr., *ex multis*, FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 82 s.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 32 e 109 ss. e ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 679 ss.

Posta l'inqualificabilità in termini di situazione giuridica soggettiva della *chance*, non resta che inquadrarla tra i cd. *danni meramente patrimoniali*, i quali, totalmente scollegati da un presupposto danno ingiusto, trovano il loro spazio risarcitorio esclusivamente all'interno della responsabilità contrattuale³⁵³.

Se tuttavia la tutela risarcitoria contrattuale esonera l'interprete dalla necessità di rinvenire nella *chance* un bene giuridico a sé stante, essa impone comunque la soddisfazione di un presupposto: la conservazione della possibilità di raggiungere una determinata utilità, al fine di godere dell'ingiustizia insita nell'evento inadempimento, deve invero necessariamente far parte del programma obbligatorio³⁵⁴. E tale condizione non è per nulla scontata, considerato che, seppur formalmente scollegata dal bene giuridico finale (che è estraneo al programma prestazionale), di fatto la *chance* non fa altro che rievocarne, in chiave possibilistica, il raggiungimento³⁵⁵.

La responsabilità medica è ideale per mettere a fuoco tale osservazione. Si pensi ad un accertato errore medico che, sebbene non direttamente collegabile eziologicamente alla morte del paziente, ne abbia comunque incrementato le possibilità di verificaione (*i.e.*, abbia privato il paziente di alcune *chance* di sopravvivenza). Ora, sappiamo che l'unico modo per evitare indebite commistioni con il piano causale, informato al criterio della probabilità logica prevalente, è concepire la *chance* non come il *bene finale* (vita) letto in chiave probabilistica, ma come posta patrimoniale attiva consistente in una mera *possibilità* (al momento del ricovero, il paziente aveva almeno una possibilità di sopravvivere).

³⁵³ Cfr. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 322 ss.; MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 57 ss. e P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 150, i quali tutti però inquadrano per lo stesso effetto la *chance* come lucro cessante. Sottolinea parimenti la differenza ontologica, in particolare in ambito sanitario, tra danno alla salute (danno ingiusto) e perdita della possibilità di preservarla (danno emergente di natura meramente patrimoniale) FEOLA, *Il danno da perdita delle chance di sopravvivenza*, cit., 49 e MIOTTO, *Un grande equivoco*, cit., 2060.

³⁵⁴ Cfr. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 82: «la *chance* è una ragionevole aspettativa patrimoniale che (...) postula un programma di azione – qual è per eccellenza l'obbligazione, nel cui quadro essa si inserisce ove ne rappresenti il coerente sviluppo in quanto l'interesse preso di mira rientri tra quelli correlati all'adempimento».

³⁵⁵ Cfr. la giurisprudenza, soprattutto in ambito sanitario, che, nonostante prese di posizione formali, continua a confondere il piano della *chance* con la lesione del bene giuridico finale (per i riferimenti giurisprudenziali, cfr. par. seguente).

Sappiamo anche che, in quanto posta meramente patrimoniale scollegata da situazione giuridica soggettiva autonoma, la relativa tutela – contrattuale – presuppone che la conservazione di tale possibilità rientri nel programma obbligatorio. Tornando all'esempio, dunque, è necessario poter affermare che la *conservazione delle possibilità di sopravvivenza* rientri nell'*oggetto della prestazione sanitaria*³⁵⁶.

Ebbene – anche non considerando le difficoltà legate all'individuazione già solo di un contenuto prestazionale nei casi in cui, in assenza di un contratto tra le parti, l'obbligo (di protezione) abbia fonte legale – non è affatto immediato concepire una data estensione dell'obbligazione sanitaria. Il rischio che questa operazione abbia come effetto quello di contrattualizzare surrettiziamente il raggiungimento del risultato finale è invero piuttosto elevato.

Senza contare che una siffatta ricostruzione legittimerebbe la richiesta risarcitoria legata al sacrificio di *alcune* – ed evidentemente non tutte – *chance* di sopravvivenza pur in assenza di una lesione al bene giuridico finale (*i.e.*, mantenimento in vita del paziente), soluzione difficilmente sostenibile sul piano concreto³⁵⁷.

9. Segue: ...nei casi di malpractice medica

Vediamo ora come la giurisprudenza di legittimità interpreta ed applica il risarcimento da perdita di *chance* in ambito di responsabilità medica, analizzando le tre sentenze che hanno segnato le tappe fondamentali del relativo percorso interpretativo.

³⁵⁶ Sembrano di questo avviso CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 323 s. e PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., 119: «Il medico, ad esempio, come tradizionalmente si ritiene, non assume né l'obbligo né la responsabilità della guarigione del paziente che rimane, pertanto, interesse in sé non protetto in via diretta; ma non per questo può ritenersi lecita la condotta del sanitario che di quell'interesse ostacola la realizzazione».

³⁵⁷ Si v. quanto acutamente osservato da STAPLETON, *The gist of negligence*, 1988, 104, in *The Law Quarterly Review*, 408 s. (richiamata da PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., 88).

Nel 2004, per la prima volta, a fronte dell'impossibilità di affermare che l'esatto adempimento da parte dei sanitari avrebbe evitato l'evento fatale per il paziente (insussistenza del nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno), ma accertato che detta carenza abbia comunque aggravato le possibilità che lo stesso verificasse, la Cassazione ammette il risarcimento, a favore del paziente, delle *chance* di sopravvivenza perse in ragione dell'inadempimento dei sanitari³⁵⁸. Si tratta di una posta risarcitoria che per la Suprema Corte ha ad oggetto non una mera aspettativa di fatto, ma «un' entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione», non collegata alla perdita del *risultato finale* (sopravvivenza) ma alla mera *possibilità* di conseguirlo. In poche righe la Cassazione non solo apre le porte della responsabilità medica alla *chance*, ma prende anche posizione sulla discussione circa la natura giuridica della *chance*, propendendo *apertis verbis* per quella ontologica.

La Suprema Corte torna sull'argomento con la famosa sentenza n. 21619/2007, la quale, pur aderendo a parole all'orientamento fatto proprio dalla citata pronuncia del 2004³⁵⁹, contestualmente se ne allontana nei fatti.

In quell'occasione la Corte sfrutta invero l'istituto della *chance* per ricostruire una struttura della causalità civile articolata su due livelli: quello della «*causalità ordinaria*», informato al criterio della probabilità prevalente e quello della «*causalità da perdita di chance*», attestato sulla «mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico». E' evidente la contraddizione in termini, posto che da un lato si considera la *chance* un «"bene", come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello della salute», dall'altro vi si individua un diverso atteggiarsi della causalità. Dunque delle due l'una: o la Corte ha in realtà voluto solo figurativamente accostare, in detta scala discendente, due realtà del tutto disomogenee (causalità da un lato, lesione risarcibile dall'altro), o

³⁵⁸ CASS., 4.3.2004, n. 4400, cit: «Non è possibile affermare che l'evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chances, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta».

³⁵⁹ CASS., 16.10.2007, n. 21619, cit.

– come sembra più plausibile visto il chiaro tenore letterale («*causalità* da perdita di *chance*») – a dispetto di dichiarazioni formali, la *chance* torna a coincidere con il bene finale, semplicemente visto attraverso la lente di un criterio causale meno rigoroso³⁶⁰. Un ritorno dunque, seppur velato da mere affermazioni di principio, alla concezione *eziologica* della *chance*, la cui accoglibilità è fortemente – e sembra fondatamente – contrastata dalla parte maggioritaria della dottrina per le ragioni esposte nel paragrafo precedente, cui si rinvia.

E' d'obbligo analizzare un'ultima pronuncia in argomento, di particolare interesse poiché idonea a vestire le *chances* in ambito di responsabilità medica di un nuovo ed ulteriore significato: Cass. n. 12961/2011³⁶¹.

Da un certo punto di vista la sentenza non fa altro che accogliere esplicitamente la concezione eziologica della *chance*. Nel farlo, tuttavia, supera la contraddizione in cui era incorsa la giurisprudenza precedente, poiché qualifica la perdita di *chance* come «danno alla *persona*», abbandonando così i retaggi stilistici della concezione ontologica³⁶². Riconnessa tale posta di danno al bene giuridico finale, ne viene dunque coerentemente rivalutato il significato causale.

Ma non è questo il profilo di novità, potendosi qui rintracciare, anzi, la normale evoluzione del processo di trasformazione della *chance* avviato dalla giurisprudenza già nel 2007.

³⁶⁰ Cfr. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., 64, che proprio commentando CASS., 16.10.2007, n. 21619, cit., osserva come per la giurisprudenza la *chance* costituisca «una stampella della zoppia causale e non una questione di interessi lesi. L'equivoco legato alla sovrapposizione dei piani del *danno* e della *causalità* riscontrato in pronunce dal tenore analogo è ben messo a fuoco da MIOTTO, *Un grande equivoco*, cit., 2046 ss. L'a. rinviene il «germe» di tale errore già in CASS., 4.3.2004, n. 4400, cit., dove la Corte, ammettendo, seppur *incidenter*, che nel caso di perdita di *chance* di guarigione «la stessa collocazione logico-giuridica dell'accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale», avrebbe già dato il via al trasferimento della «probabilità» dal contenuto del danno al rapporto di causalità.

³⁶¹ CASS., 14.6.2011, n. 12961, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2039, con la citata nota di MIOTTO.

³⁶² Non potrebbe essere più esplicita in questo senso la Suprema Corte: «può superarsi la tesi secondo cui esito positivo probabile e possibilità di tale esito costituiscano oggetto di pretese risarcitorie diverse ed accedere ad un risultato per cui probabilità di esito favorevole dell'intervento medico e la sua sola possibilità non siano che gradazioni di una stessa affermazione di pregiudizio, risentito a causa dell'omissione colposa del comportamento dovuto». La coerenza con la concezione eziologica è calata peraltro anche sul piano più strettamente processuale: la richiesta di risarcimento da perdita di *chance*, infatti, non costituirà più una domanda diversa rispetto a quella del risarcimento dell'intero pregiudizio assunto (*mutatio libelli*), ma di quest'ultima rappresenterà una mera «riduzione» (*emendatio libelli*).

Il passaggio «rivoluzionario» sta invero in un *obiter dictum* della pronuncia, nel passaggio in cui la Corte, perfettamente consapevole dei limiti connessi alla convivenza di diversi criteri causali (ordinario e da perdita di *chance*), raccomanda di «optare, nelle situazioni caratterizzate dal più probabile che non, ma anche da una non eliminabile porzione di incertezza, per una *applicazione generalizzata degli esiti della tecnica risarcitoria della chance* e quindi nel senso di distribuire il peso del danno tra le parti *in misura proporzionale all'apporto causale* della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente»³⁶³. In poche righe, e per il tramite di un'ipotetica applicazione generalizzata della «causalità da perdita di *chance*», la Cassazione apre uno spiraglio per l'ingresso nel nostro ordinamento della cd. causalità proporzionale³⁶⁴.

Sorvolando per il momento sulla questione relativa all'ammissibilità nell'attuale sistema della responsabilità civile di una causalità «proporzionale», che verrà affrontata nel paragrafo successivo, ci si limiti qui ad apprezzare la pronuncia se non altro per aver individuato quella che probabilmente è l'unica linea ricostruttiva plausibile per superare gli ostacoli logici legati alla concezione eziologica della *chance*.

Sull'assunto della incompatibilità dei due criteri eziologici proposti, la Cassazione elimina salomonicamente il problema proponendo la sopravvivenza di uno solo dei due, individuato – per una maggiore aderenza al dato fattuale – nella causalità da perdita di *chance*. Abbattuta dunque la soglia del 50%, le percentuali di realizzazione dell'evento sia inferiori *che superiori*, da un lato spiegheranno l'apporto causale – perciò solo idoneo a fondare la pretesa risarcitoria (*an*) – che l'inadempimento ha avuto rispetto alla produzione di quel determinato evento, e dall'altro costituiranno l'indice cui parametrare la liquidazione del danno (*quantum*).

³⁶³ Corsivi aggiunti.

³⁶⁴ L'intento era già rinvenibile *in nuce* in TRIB. MILANO, 22.4.2008, in *Danno e resp.*, 2008, 1264, con nota di BREDA, laddove tuttavia l'applicazione generalizzata della «causalità da perdita di *chance*» veniva ipotizzata solo per la responsabilità contrattuale, in quella extracontrattuale continuando a valere il criterio del «più probabile che non».

10. L'ipotesi di una causalità proporzionale

La citata sentenza della Suprema Corte n. 12961/2011 ha sicuramente il pregio di aver messo a fuoco come sia breve il passaggio da un sistema che ammette la risarcibilità di una *chance* interpretata in senso puramente «eziologico» a quello che assuma a fondamento della responsabilità civile il principio dell'apporzionamento causale. Si tratterebbe, addirittura, dello stesso meccanismo visto da due prospettive diverse: dalla prospettiva della lesione, il primo, da quella prettamente causale, il secondo.

Tuttavia, come anticipato, una cosa è assumere il principio dell'*apportionment of liability* come dato di fatto al fine di giustificare la risarcibilità della *chance* di soddisfacimento del bene finale; altra cosa è verificarne l'effettiva coerenza con i principi informatori del nostro sistema di responsabilità civile. A tal fine, sembra opportuno dedicare qualche cenno al dibattito sorto in seno alla giurisprudenza circa l'accogliibilità, nel nostro ordinamento, del principio della causalità proporzionale (o di rilevanza delle concause).

Secondo l'impostazione tradizionale, nessuno spazio per l'apporzionamento causale esisterebbe nel nostro sistema, che al contrario è informato, quanto alla ricostruzione eziologica, al principio dell'*all or nothing*: il nesso di causalità tra due eventi, in altre parole, o c'è o non c'è, nessuna rilevanza potendo attribuirsi ad eventuali concause che non siano state da sole sufficienti a cagionare l'evento³⁶⁵.

³⁶⁵ Cfr., *ex multis*, CASS., 1.2.1991, n. 981, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 797: «solo nel caso in cui le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo, si palesino sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dall'apporto del comportamento umano imputabile, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale, senza che, in caso contrario, la sua piena responsabilità per tutte le conseguenze scaturenti secondo normalità dall'evento medesimo possa subire una semplice riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa». Per una disamina delle posizioni tradizionali con specifico riferimento alla responsabilità medica, cfr. BONA, «*Più probabile che non*» e «*concause naturali*»: *se, quando e in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*, in *Corr. giur.*, 2009, 1657 ss. Ivi, almeno fino all'intervento di Cass. 975/2009, la giurisprudenza ha sempre accollato l'intero danno al sanitario inadempiente, anche se era stata accertata la concorrente efficienza causale di patologie

La conferma sarebbe fornita *in primis* dal dato normativo, ed in particolare dall'art. 2043 cod. civ., dove il verbo «cagionare» non potrebbe che essere inteso nell'accezione naturalistica e reale del termine e dall'art. 1227, comma 1°, cod. civ., la cui previsione, se non costituisse un'eccezione alla regola generale – peraltro dovuta alla particolare natura della concausa – non sarebbe evidentemente stata necessaria³⁶⁶. Ma una simile ricostruzione è poi in linea con la più risalente tradizione giurisprudenziale, la quale a lungo si è concentrata (non solo in ambito civile, ma anche e soprattutto in quello penale) proprio sull'individuazione di un criterio che consentisse di accertare l'esistenza o l'inesistenza di quell'unico concetto di causa giuridicamente rilevante.

Un'apertura sul versante opposto si è avuta con Cass. n. 975/2009, la quale, attribuendo per la prima volta rilevanza giuridica alle concause naturali preesistenti, ha condannato il medico a risarcire il danno in misura proporzionale all'apporto casuale dell'inadempimento³⁶⁷.

Il caso sottoposto alla Corte riguardava l'esecuzione scorretta di un intervento (simpaticectomia lombare prodromica all'inserimento di *by-pass* femoro-popliteo) a seguito del quale il paziente moriva per un intervenuto infarto del miocardio. La ricostruzione del nesso di causalità tra l'errore medico (perforazione dell'aorta) e l'evento fatale (infarto del miocardio) era quantomeno dubbia, a parere dei consulenti tecnici, in ragione del certo apporto causale giocato dalla grave insufficienza miocardica che già affliggeva il paziente al momento del ricovero. In particolare, l'errore medico aveva favorito, ma non certo cagionato l'infarto, sul quale aveva sicuramente inciso il pregresso stato di salute precario del paziente.

E' proprio il sicuro apporto causale esterno sovrappostosi a quello spiegato dall'inadempimento che porta i giudici di legittimità ad escludere che l'intero danno sia accollato all'uno o all'altro fattore causale, dovendosi invece «lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a

pregresse del paziente: cfr. CASS., 16.2.2001, n. 2335, cit.; CASS., 9.4.2003, n. 5539, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1074 e CASS., 18.4.2005, n. 7997, cit.

³⁶⁶ Cfr. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 235 ss.

³⁶⁷ CASS., 16.1.2009, n. 975, cit.

determinare il suo stato e imputare all'altro [il medico] il peso del danno la cui produzione può aver trovato causa nella condotta negligente sua».

Anche qui, come per il risarcimento da perdita di *chance*, è chiaro l'alleggerimento probatorio per il paziente, che seppur nell'impossibilità di fornire la prova della probabilità logica prevalente, potrà comunque veder ristorata la parte di danno connessa all'apporto causale – evidentemente non determinante – dell'errore medico.

La chiarezza del dispositivo non è tuttavia riscontrabile nella parte motiva della pronuncia, la quale ha incontrato fin da subito posizioni nettamente contrarie in dottrina³⁶⁸. Dopo aver richiamato gli artt. 1227 e 2055 cod. civ., letti in chiave di veri e propri «sintomi» dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di un generale principio di «frazionamento della responsabilità», i giudici individuano il fondamento ultimo della causalità proporzionale nel principio di equità e giustizia sostanziale cristallizzato, per la responsabilità civile, nell'art. 1226 cod. civ. Tale norma offrirebbe invero all'interprete il *criterio equitativo* necessario ad impedire che dell'intero danno debba rispondere «il responsabile di una sola porzione di esso».

La censura a tale nuovo approccio, in linea con la dottrina prevalente, non si è fatta attendere. A soli due anni di distanza, la giurisprudenza di legittimità è invero tornata sui suoi passi, preoccupandosi peraltro di munire l'impostazione tradizionale di un ricercatamente solido e definitivo tessuto argomentativo.

Con sentenza n. 15991/2011³⁶⁹ – peraltro di poco successiva alla pronuncia che, in tema di *chance*, aveva suggerito un approccio proporzionale alla causalità³⁷⁰ – la Cassazione rigetta *in primis* l'interpretazione che dell'art. 1226 cod. civ. ha fornito la pronuncia del 2009, privandola così del supporto argomentativo principale. L'art. 1226 cod. civ., lungi invero dal costituire strumento per l'apporzionamento della causalità materiale, è un semplice criterio

³⁶⁸ Cfr. BONA, «Più probabile che non» e «concause naturali», cit., 1663 ss.,

³⁶⁹ CASS., 21.7.2011, n. 15991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 180, con nota di PUCCELLA; in *Danno e resp.*, 2012, 149, con nota di NOCCO, ed *ibidem*, 507, con nota di ZORZIT.

³⁷⁰ CASS., 14.6.2011, n. 12961, cit.

di liquidazione – peraltro residuale – equitativa di un danno che presuppone già accertata la sua riconduzione causale all'illecito³⁷¹. La Suprema Corte richiama poi l'inesistenza, nel nostro ordinamento, di un principio che legittimi l'apporzionamento causale, valendo al contrario il tradizionale assunto dell'*all or nothing*, in virtù del quale il giudizio sulla causalità può spiegarsi solo nell'alternativa sussistenza/insussistenza. Gli artt. 1227 e 2055 cod. civ. non rappresentano mere conferme esemplificative di un principio generale, al contrario giustificano delle deroghe al principio opposto sul presupposto della particolare natura (umana) della concausa, senza contare che la seconda norma richiamata vale solo per i rapporti interni. Ma l'impianto argomentativo va ancora oltre estendendo i richiami al sistema penale. L'art. 41 cod. pen. – norma che peraltro, in assenza di previsioni analoghe nel settore civile, trova *ivi* applicazione – prevede espressamente che il concorso di cause, anche se indipendenti dall'azione o dall'omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità salvo si tratti di causa esclusiva («da sola sufficiente a cagionare l'evento»).

Se quella dell'inammissibilità dell'apporzionamento causale è la posizione ad oggi prevalente in giurisprudenza, è d'altro canto necessario dar conto di una parte consistente della dottrina, che, sostenendo l'impostazione contraria, riconosce nelle ultime pronunce in materia il frutto di un ingiustificato – e soprattutto poco raccomandabile – approccio conservatore³⁷².

Stando a questo filone dottrinale, un approccio proporzionale alla responsabilità non solo sarebbe astrattamente ammissibile, ma anche opportuno in

³⁷¹ Secondo la sentenza in commento, fedele alla distinzione tradizionale tra causalità materiale e giuridica, le cause naturali concorrenti, sebbene non idonee ad escludere il nesso di causalità «materiale» tra illecito ed evento dannoso, spiegano comunque la loro rilevanza nella fase di liquidazione del danno (causalità «giuridica»). Quest'ultima infatti, basandosi sulla teoria differenziale, non potrebbe non tener conto, quale secondo termine della sottrazione, della situazione che si sarebbe verificata sì *in assenza* dell'illecito, ma evidentemente *con* la concorrenza delle cause «esterne».

³⁷² Di mere «*petitiones principii*» parla NOCCO, *Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile revirement della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2012, 158.

quanto idoneo a superare il «nocciolo di iniquità» racchiuso dal criterio del «più probabile che non»³⁷³.

D'altro canto, a sostegno del presunto principio dell'infrazionabilità della causa non varrebbe richiamare né l'argomento «morfologico» legato alla necessaria struttura alternativa della causalità, né quello connesso all'applicabilità dell'art. 41 cod. civ in ambito civile. Se invero effettivamente esistesse nel nostro ordinamento un principio che esclude la rilevanza delle concause, questo dovrebbe valere a ragione anche per quelle umane, posto il carattere «morfologicamente» irrilevante della natura della concausa³⁷⁴. Parimenti fuori luogo sarebbe il richiamo alla norma del codice penale che disciplina la (ir)rilevanza delle concause. Se dall'art. 41 cod. pen. è lecito trarre il principio per il quale una concausa non esclusiva non elimina l'efficacia causale delle altre, ultroneo sarebbe leggerci un principio assoluto di responsabilità integrale e non modulabile. O meglio, una siffatta lettura potrebbe valere sì nel sistema penale, laddove risponderebbe ad un'interpretazione sistematica rispetto ad altre norme che *ivi* sanciscono il relativo principio di integralità della responsabilità (artt. 110, 114, cod. pen.), ma non in ambito civile dove al contrario esistono norme espressione del principio opposto (artt. 1227 e 2055 cod. civ.). Il rilievo vale a

³⁷³ Cfr. Osserva molto semplicemente FEOLA, *Il danno da perdita delle chance di sopravvivenza*, cit., 55: «imputare per intero il danno all'agente, nel caso in cui le probabilità statistiche indicano una percentuale del 51% significherebbe addossargli, in ossequio ad una mendace idea di certezza (del rapporto causale e) del diritto un danno che per il 49% non è stato da lui causato». Sul punto cfr. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, cit., 294; CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., 259 ss.; NOCCO, *Il «sincretismo causale»*, cit. 232 e PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 172 s., laddove l'a., richiamandosi a RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 69, predilige l'approccio proporzionale in quanto funzionale, in linea con «un'esigenza di coerenza all'interno del sistema», a tessere una linea di continuità tra «responsabilità giuridica» e «responsabilità morale». Tra gli altri a. promotori di tale linea di pensiero, v. TASSONE, *La ripartizione della responsabilità nell'illecito civile*, Esi, 2007, *passim* e VIOLANTE, *Responsabilità solidale e responsabilità parziaria*, in *Danno e resp.*, 2001, 460. Del resto il fenomeno del «frazionamento causale» non sarebbe poi del tutto estraneo alla nostra tradizione giurisprudenziale: per una ricognizione dei casi in cui si è fatto ricorso a tale criterio cfr. TASSONE, *La ripartizione della responsabilità nell'illecito civile*, cit., 201 ss.

³⁷⁴ E' vero che, come evidenziato da CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 335 ss., la causa «civilmente rilevante» è di regola quella qualificata da un elemento soggettivo (di qui la rilevanza delle concause umane), ma ciò varrebbe appunto in un giudizio sulla responsabilità del relativo autore del fatto, e non in quello oggettivo sull'esistenza di un nesso di causalità addebitabile ad altro soggetto.

maggior ragione se letto nell'ottica delle diverse funzioni che informano il sistema penale e quello civile: mentre nel primo il principio della responsabilità integrale è in linea con la funzione sanzionatoria, in virtù della quale l'esistenza di una concausa non diminuisce il disvalore della condotta, nel settore civile l'ottica riparatoria consente, ed anzi impone, che il danneggiato si accoli solo la parte di danno derivante da cause attinenti alla *propria* sfera giuridica³⁷⁵.

La dottrina richiamata, pur condividendo la finalità perequativa perseguita da Cass. n. 975/2009, ne rinviene a sua volta il punto debole nei mezzi predisposti per raggiungerla³⁷⁶. E' invero inutile – e scorretto, attenendo al diverso piano della liquidazione del danno – il richiamo al canone equitativo previsto dall'art. 1226 cod. civ., posto che l'ammissibilità di una causalità proporzionale nel nostro ordinamento si autogiustificherebbe da un lato, nell'assenza di ostacoli positivi al riguardo, e dall'altro nell'esistenza al contrario di norme che ne ammettono il funzionamento.

³⁷⁵ Siffatte argomentazioni sono rinvenibili in NOCCO, *Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale*, cit. e in PUCCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 189. Una lettura alternativa è fornita da ZORZIT, *Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della cassazione*, in *Danno e resp.*, 2012, 514, per la quale non sarebbe necessario «scomodare» principi generali dell'ordinamento in punto di causalità, potendo la questione essere risolta sul piano dell'individuazione dell'interesse leso: «Senza ricorrere a complesse (e, come visto, alla fine sterili) distinzioni e sottigliezze, è forse più lineare ricostruire il quadro in questi termini: se Tizio soffre di una pregressa patologia con effetti invalidanti (per es. del 10%) e in conseguenza della condotta del medico subisce un peggioramento (ritrovandosi con una IP del 40%), si è di fronte non ad un "unico evento" dato dalla "somma" di più apporti, ma, molto più semplicemente, a due accadimenti distinti (in senso "fisico" ed anche temporale). In altri termini, in applicazione "pura e semplice" del principio di causalità, il sanitario risponderà solo "dell'aggravamento", ossia del danno che ha provocato con la propria condotta (nell'esempio, lesione del 30%): non può dirsi che egli abbia cagionato una invalidità complessiva del 40% perché il malato aveva già di per sé una menomazione del 10%. Resta inteso, poi, che per "calibrare" il risarcimento ed adeguarlo alle peculiarità del caso il Giudice non potrà che fare ricorso allo strumento equitativo *ex art. 1226 cc.* trattandosi di valutazioni che di per sé sfuggono alla applicazione "automatica" di criteri matematici». Può osservarsi che la lesione così ricostruita potrebbe esporsi alla critica della mancanza di concretezza ed attualità, con ciò riproponendosi le questioni già affrontate in ambito di danno da perdita di *chance*.

³⁷⁶ Cfr. NOCCO, *Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale*, cit., 158: «Un principio così innovativo, infatti, non solo avrebbe dovuto essere adeguatamente motivato, anche eventualmente attraverso un'indagine comparativa, ma avrebbe dovuto essere accompagnato da un'indagine più accorta anche relativamente al proprio *modus operandi*, senza limitarsi ad un generico ed insoddisfacente richiamo all'equità».

Lungi dall'aver raggiunto una conclusione definitiva, la questione ha dunque tutte le caratteristiche per destare nuovamente, in futuro, l'interesse della giurisprudenza.

11. Note conclusive e prospettive de iure condendo

Gli strumenti della *chance* e della causalità proporzionale possono dunque – presupposta la loro, tutt'altro che scontata, ammissibilità giuridica – alleggerire, sotto il profilo causale, il carico probatorio che tuttavia continua a gravare sul danneggiato. Essi, in altre parole, non influenzano l'*an*, ma solo il *quantum* della prova.

Far carico al paziente danneggiato della prova del nesso di causalità tra errore medico e danno lamentato è invero, per le ragioni esposte nel corso del presente capitolo, un «punto fermo» dal quale è difficile scostarsi senza andare incontro ad incoerenza sistematica rispetto ai principi che governano il giudizio di responsabilità contrattuale e il riparto dell'onere della prova.

Sul presupposto che quello tratteggiato è l'unico assetto possibile avuto riguardo sistema di diritto positivo oggi esistente, ne viene che il difficile equilibrio tra le ragioni di giustizia sostanziale legate alla tutela del paziente da un lato, e della fondamentale, se non «vitale» funzione sociale svolta dalla professione sanitaria dall'altro, non potrà che essere risolto – posto che di una soluzione vi sia bisogno – mediante l'intervento del legislatore.

E la raccomandabilità di un siffatto approccio è confermata dai fatti. Ciò che è dato raccogliere dopo anni di interventi giurisprudenziali sovente scollegati dal dato normativo in ragione della funzionalizzazione a presunte superiori esigenze di tutela del paziente – non sempre peraltro sorrette da un adeguato apparato argomentativo –, è un quadro disorganico, quando non contraddittorio, che si pone in netto contrasto con il principio di certezza del diritto cui è informato il nostro ordinamento.

Del resto, volgendo lo sguardo oltralpe, dell'opportunità in questo settore di un approccio riformista se n'è da tempo accorto anche l'ordinamento tedesco.

Nonostante la giurisprudenza tedesca sulla responsabilità medica fosse già ben più consolidata di quella italiana, il legislatore germanico ha comunque avvertito la necessità di «positivizzare» quegli orientamenti che più si discostavano dal tessuto normativo preesistente.

Il proposito ha trovato concretizzazione nella «Legge sul miglioramento dei diritti del paziente» (*Gesetz zur Verbesserung der Rechte der Patientinnen und Patienten*)³⁷⁷, entrata in vigore in Germania il 25.2.2013 (ma da tempo in lavorazione nel *Bundestag*) e definita dalla stessa dottrina tedesca come «in gran parte una codificazione della giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*) in materia [di responsabilità medica]»³⁷⁸.

La legge, in particolare, ha introdotto un'organica disciplina del contratto di cura tra medico e paziente, aggiungendo al Titolo VIII del Libro II del BGB, che disciplina il contratto di servizio in generale (§§ 611 – 630), un sottotitolo dedicato appunto al «contratto di trattamento» (*Behandlungsvertrag*, §§ 630a – 630 h).

Oltre ad altri importanti profili, si è occupata del tema che qui più ci interessa al § 630h BGB, che disciplina la ripartizione dell'onere probatorio nell'ambito della responsabilità per errori medici ed errori d'informazione (*Beweislast bei der Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler*). La norma ha così previsto, al par. 5, che «Nel caso in cui sia commesso un grave errore di trattamento, di regola idoneo a produrre una lesione alla vita, al corpo o alla salute, quale si è effettivamente verificata, si presume che questo errore abbia causato la lesione»³⁷⁹.

³⁷⁷ In *Bundesgesetzblatt*, I, 2013, 277 ss.

³⁷⁸ STAGL, *La «Legge sul miglioramento dei diritti del paziente» in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 35.

³⁷⁹ § 630h, par. 5, BGB: «Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender

Si è dunque operata, in presenza di determinate condizioni, una deroga al principio generale che, anche nel sistema della responsabilità contrattuale tedesco, vuole che sia il creditore a provare l'esistenza del nesso di causalità tra la violazione di un obbligo contrattuale e il danno (§ 280 BGB).

Di particolare interesse è anche la scelta dei presupposti in presenza dei quali opera l'inversione dell'onere probatorio. Nel conflitto tra regole ordinarie di riparto ed esigenza di tutela del paziente, il legislatore ha fatto prevalere queste seconde in presenza non solo di un errore che, secondo un giudizio di normalità (*id quod plerumque accidit*), è idoneo a determinare l'insorgere di un danno, ma anche di un errore che sia caratterizzato da un'*evidente gravità* (il c.d. *grober Behandlungsfehler*), concetto peraltro il cui contenuto, al fine di ridurre ulteriormente la discrezionalità giudiziale, è dettagliatamente illustrato dalla giurisprudenza tedesca. Il carattere routinario dell'intervento non basta per i tedeschi al fine dell'inversione della prova sulla causalità, come insufficiente è l'astratto riferimento all'idoneità lesiva dell'errore. La giurisprudenza ha infatti da sempre richiesto, come coerentemente accolto dal legislatore, che l'aggravio probatorio per il medico trovasse giustificazione nella particolare riprovevolezza del suo comportamento, in violazione delle più elementari regole dell'*ars medica*.

Sembra dunque che in Germania, la prescindibilità dalla prova del nesso causale abbia voluto soddisfare non tanto – come sovente accade in Italia – un'esigenza di tutela processuale del paziente concepito quale «parte debole» del contratto, bensì una finalità *lato sensu* sanzionatoria legata alla particolare abnormità dell'errore del sanitario³⁸⁰.

Non sarebbe perciò fuori luogo auspicare che il nostro legislatore prendesse

Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre». Per una rassegna della precedente giurisprudenza sui «grobe Behandlungsfehler» cfr. SCHIEMANN, *Problem of causation in the liability for medical malpractice in german law*, in *Causation in law*, 2007, 187 ss.

³⁸⁰ Ancor prima che venisse positivizzato, lodava questo approccio PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 54 e 71 s., in quanto la valorizzazione della «colpa» del medico consentirebbe di giustificare l'inversione dell'onere probatorio sulla causalità, laddove il danno altro non sarebbe che la concretizzazione di un «rischio» creato dall'errore grossolano.

spunto dalla soluzione offerta dall'ordinamento tedesco, il quale, pur avendo preso in considerazione il problema dell'«incertezza causale» che ahimè troppo spesso connota i casi di *malpractice*, lo ha risolto senza far *ingiustificatamente* pesare sul medico i rischi di un'attività tanto rischiosa, quanto socialmente necessaria.

Potremmo dire che ben i tedeschi hanno appreso la lezione regalataci da Guido Calabresi ormai molto tempo addietro, allorchè, dissertando in materia di responsabilità oggettiva ed in particolare sul principio *res ipsa loquitur*, ebbe a dire: «Questo approccio però funziona solo se c'è responsabilità per tutte le scelte. Se no, si tende a scegliere un comportamento che può causare danni, anche danni gravi, ma che evita la responsabilità. La responsabilità oggettiva funziona bene dunque solo se si ha un cerchio più o meno completo di sanzioni. Bisogna che ci sia responsabilità per tutte le cose che possono andar male, e questo nel campo medico è pressochè impossibile»³⁸¹.

³⁸¹ CALABRESI, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, 1982, 59.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e gestioni*, Il Mulino, 1991
- ALPA, *La responsabilità civile*, nel *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, 1999
- ALPA-BESSONE-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, nel *Trattato Rescigno*, XIV, Utet, 1995
- ANDRIOLI, voce «Prova. (Diritto processuale civile)», nel *Novissimo Digesto it.*, Utet, 1967, 293
- ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 2
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffrè, 1948
- BARBARISI, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2012, 403
- BARCELLONA, «*Scopo della norma violata*», *interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 311
- BAUMGÄRTEL, in *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, I, Köln, 1981
- BEKKER, *Grudbegriffe des Rechts und Missbegriffe der Gesetzgebung*, Berlin-Leipzig, 1910
- BELVEDERE, *Casualità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 7
- BENATTI, *Osservazioni in tema di «Doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342
- BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e impr.*, 1987, 287
- BERNHÖFT, *Kauf, Mieth und Verwandte Verträge*, in *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entw. eines BGB für das deutsche Reich*, quad. XII, diretti da BEKKER e FISCHER, Berlin, 1889
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, 1953
- BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro. it., 1979, sub art. 1223
- BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro. it., 1979, sub art. 1228
- BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Giuffrè, 1994
- BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1988, sub artt. 1460-1462
- BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Istituzioni di diritto civile*, III, Utet, 1989
- BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 78

- BONA, «Più probabile che non» e «concause naturali»: se, quando e in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima, in *Corr. giur.*, 2009, 1657
- BONVICINI, *La responsabilità civile*, II, Giuffrè, 1971
- BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1991
- BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539
- BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Giuffrè, 2011
- CAFAGGI, voce «Responsabilità del professionista», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVII, Utet, 1998, 137
- CALABRESI, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, 1982
- CANNATA, voce «Responsabilità contrattuale nel diritto romano medievale e moderno», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XII, Utet, 1995, 423
- CAPECCHI, *Le sezioni unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità del medico*, in *Corr. giur.*, 2003, 358
- CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chance: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 143
- CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Cedam, 2012
- CARBONE, *Il fatto danno nella responsabilità civile*, Jovene, 1969
- CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile (Aggiornamento)*, a cura di ALPA e BESSONE, Utet, 1998
- CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 299
- CARBONE, *La responsabilità del medico dopo la Legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 367
- CARINGELLA, *Manuale di Diritto Civile*, III, *Le obbligazioni in generale*, Dike, 2011
- CARINGELLA-BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, 2013
- CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in *Contr. e impresa*, 2002, 1002
- CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, 97
- CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 491

- CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, 1953, 87
- CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123
- CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, 1979
- CASTRONOVO, voce «Obblighi di protezione», in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Ed. Enc. it., 1990, 1
- CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Giuffrè, 1995, 191
- CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 124
- CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Scritti in onore di Rescigno*, Giuffrè, 1998, 119
- CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, *Eur. e dir. priv.*, 2003, 157
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006
- CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 81
- CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 1
- CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 315
- CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 679
- CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1037
- CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, 1958, 347
- CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero della responsabilità*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2003, sub art. 1228
- CERRAI-GIANFRANCESCHI, *Sulla natura della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, collana della *Riv. Resp. civ. e prev.*, Giuffrè, 1982
- CLARICH, *La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche*, in *La resp. med.*, collana della *Riv. Resp. civ. e prev.*, Giuffrè, 1982, 175
- CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Jovene, 2008
- CURSI, *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in *AA. VV., Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Jovene, 2006

- D'ALESSANDRO, *La perdita di chance secondo la Cassazione civile, una tutela della "vittima" effettiva e praticabile*, in *Cass. pen.*, 2004, 2544
- D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 141
- DE CRISTOFORO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 585
- DE CUPIS, voce «Danno (dir. vig.)», in *Enc. del dir.*, XI, Giuffrè, 1962, 622
- DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Giuffrè, 1979
- DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1181
- DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Dike, 2012
- DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, 1223
- DE MATTEIS, «Danno biologico» e patrimonialità della lesione: due sentenze a confronto, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1081
- DE MATTEIS, *La responsabilità medica . Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, 1995
- DE MATTEIS, *La responsabilità medica, tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 1995, 489
- DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 1996, II, 215
- DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scienza iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 777 ss.
- DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno e resp.*, 2005, 34.
- DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1988, sub artt. 1173-1176.
- DI MAJO, voce «Responsabilità contrattuale», nel *Dig. IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, IV, Utet, 1998, 52
- DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446
- DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 33
- DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 243
- DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009
- DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 119

- DI PENTIMA, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Giuffrè, 2013
- DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, Tübingen, 1958.
- D'ORSI, *La R.C. del professionista*, Giuffrè, 1980
- ESSER, *Schuldrecht*, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960
- FACCIOLI, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa*, in *Resp. civ.*, 2012, 533
- FACCIOTTI, *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1005
- FEOLA, *Il danno da perdita delle chance di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, 50
- FINESCHI, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, 419 ss.
- FISCHER, *Vis major im Zusammenhang mit Umöglichkeit der Leistung*, in *Jherings Jahrbücher*, 37, 1897, 254
- FLEMING, *Probabilistic Causation in Tort Law*, in *The Canadian Bar Review*, 1989, vol. 68, 661
- FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1993
- FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, II, Giuffrè, 2004
- FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, Giuffrè, 2010
- FRATI-GULINO-MONTANARI VERGALLO-ZAAMI-FINESCHI, *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1045
- FRASCA, *Verso un nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di ripartizione degli oneri probatori nel caso di responsabilità contrattuale del medico*, in *La responsabilità medica*, Giuffrè, 1982
- FRENDI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana*, Cedam, 2012
- FRENDI, *Il problema del «concorso» di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 205
- GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 712
- GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Cedam, 2010
- GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, 1982, 41

- GAZZARRA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2008, 1002
- GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Giuffrè, 1970
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Ed. Scientifiche Italiane, 2009
- GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2140
- GIACOBBE, voce «Professioni intellettuali», in *Enc. del dir.*, XXXVI, 1987, 1065
- GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Giuffrè, 1993
- GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del contratto*, a cura di DEL PRATO, Giuffrè, 2003, 15
- GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Giuffrè, 1975
- GIOVENE, *Impossibilità della prestazione e la «sopravvenienza»*, Cedam, 1941
- A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 201
- M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 856
- M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ.*, 2010, 665
- M. GORGONI, *Quando è «più probabile che non l'esatto adempimento»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1600
- GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405
- GUERRA, *Lo «spazio risarcitorio» per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 617
- HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Siber*, II, Leipzig, 1943
- HAZAN, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità*, in *Danno e resp.*, 2013, 70
- HECK, *Grundriss des Schuldrecht*, Tübingen, 1929
- IADECOLA, *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Giur. merito*, 2010, 2057b
- IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la c.d. Legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 549

- IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale, liberamente reperibile on line*
- IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Cedam, 2004
- KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Giappichelli, 2008
- KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrecht*, München, 1929
- LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, 2007
- LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1. Aufl., 1960
- LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, I*, München, 1987
- LASCIALFARI, *Causalità «scientifica» e causalità «giuridica» tra imputazione del fatto e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 905
- LEGA, *Le prestazioni del medico come oggetto di «obbligazione di mezzi»*, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1247
- LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in *Giur. merito*, 2009, 104
- LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del «più probabile che non»?* , in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 332
- LUMINOSO, *Possibilità, realtà o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 553
- MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, 2003
- MAJELLO, *Altri aspetti problematici della regola del cumulo*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI, Giuffrè, 1984, 165
- MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 122
- MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565
- MAZEAUD, *Traité théor. et prat. de la responsabilité civile, I*, Paris, 1947
- MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 49
- MAZZAMUTO, *Responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 121
- MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi». (Studio critico)*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Giuffrè, 1995, 141 ss., originariamente pubblicato in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.

- MENGGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Giuffrè, 1995, 267, originariamente pubblicato in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360
- MENGGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Giuffrè, 1995, 283, originariamente pubblicato in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507
- MENGGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 87
- MIOTTO, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della «possibilità» (o «probabilità» dal contenuto della perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2046
- MONATERI, *La responsabilità civile*, Utet, 1998
- MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Utet, 2001
- MÜLLER, *Schutzpflichten im Bürgerlichen Recht*, in *Juristische Schulung*, 1998
- MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2009, sub artt. 2229-2238
- MUSSI, *Quando il criterio della sufficiente probabilità scientifica diventa l'unico indice presuntivo della colpa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1134
- NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1974
- NATOLI, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrence*, in *Danno e resp.*, 2000, 732
- NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 871
- NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 522
- NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 157
- NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Giappichelli, 2010
- NOCCO, *Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile revirement della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2012, 156
- NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2012, 949
- OSTI, *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 350,
- PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Jovene, 2009

- PALMERINI, *Il «sottosistema» della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 468
- PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 329
- PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, 703
- PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il Decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 350
- PATTI, voce «Danno patrimoniale», in *Noviss. Dig., Disc. priv.*, V, Utet, 1989
- PATTI, *Spunti di teoria generale sull'onere della prova (anche in relazione al diritto tributario)*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 679
- PATTI, *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, 2010
- PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 83
- PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, 2011
- PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1019
- PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, 1983
- PRINCIGALLI, *Perdita di chance e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 324
- PRINCIGALLI, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*, in *Foro it.*, 1988, I, 2298
- PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di «culpa» in capo al «venditor»*, reperibile in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, 2010
- PROTO PISANI, *L'onere della prova nella colpa medica*, in *Il danno risarcibile*, a cura di VETTORI, 2004, 1345
- PUCELLA, *Nota a Cass. 1.3.1988, n. 2144*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604
- PUCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, 2007
- PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica [Considerazioni in merito a Cass., nn. 8826/2007 e 14759/2007]*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 445
- PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 58
- PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, 2010

- PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 189
- QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 15
- RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Pr.*, 147, 1932, 217
- REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, 1967
- RESCIGNO, voce «Obbligazioni (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 133
- RESCIGNO, *Introduzione al vol. 19, nel Trattato Rescigno*, 19, Utet, 1999
- RIARIO SFORZA, *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. merito*, 2008, 3354
- RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2010, 313
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1964
- RODOTÀ, voce «Diligenza», in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 542
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969
- ROMMÉ, *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*, Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1989
- ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 318
- ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Cedam, 1990
- ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. e traspr.*, 2000, 677
- ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218
- ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario*, 2/2011
- RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 990
- SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI, Giuffrè, 1984, 155
- SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 420

- SALVI, voce «Responsabilità extracontrattuale» (dir. vig.), in *Enc. del dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1235
- SALVI, *La responsabilità civile*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1998
- SANDULLI, in *Foro pad.*, 1953, IV, 95
- SANTORO, *L'inadempimento*, in *La responsabilità civile*, a cura di CENDON, II, Utet, 1998
- SAPONE, *Inesatto adempimento e riparto dell'onere probatorio: tra vicinanza della prova e presunzione di persistenza del diritto*, in *Giur. merito*, 2007, 971
- SATTA, *L'esecuzione forzata*, nel *Trattato Vassalli*, Utet, 1952
- SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 794
- SCALAMOGNA, *La ripartizione dell'onere probatorio nella responsabilità medica: l'ultimo (?) «revirement» giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 361
- SCHIEMANN, *Problem of causation in the liability for medical malpractice in german law*, in *Causation in law*, 2007, 187
- SCOGNAMIGLIO, voce «Risarcimento del danno», in *Noviss. Dig., Disc. priv.*, VI, Utet, 1966, 11
- SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1450
- SIBER, *Grundriss des deutschen bürgerlichen Recht*, II, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931
- STAGL, *La «Legge sul miglioramento dei diritti del paziente» in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 35
- STANZIONE-ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Giuffrè, 1998
- STAPLETON, *The gist of negligence*, 1988, 104, in *The Law Quarterly Review*, 408
- STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2003
- STELLA RICHTER, *Contributo alla studio dei rapporti contrattuali di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 157
- STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Pr.*, 137, 1932, 257
- STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, in *Arch. civ. Pr.*, 176, 1976
- TARUFFO, *Considerazioni sulle massime di esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 551
- TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101

- TARUFFO, voce «Onere della prova», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, 1995, 65
- TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1992, 739
- TASSONE, *La ripartizione della responsabilità nell'illecito civile*, Esi, 2007
- TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, 538
- TEDESCHINI, *Decreto Balduzzi: alla ricerca di un senso*, in *personaedanno.it*
- THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, I, 2009, 317
- TOSCANO, *Responsabilità civile. Rassegna di giurisprudenza*, in *Resp. dir. civ.*, 1956, 257
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1953
- TRAVAGLINO, *Colpa medica e onere della prova – verso una responsabilità paraoggettiva?*, reperibile on line
- TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Ipsoa, 2012
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 1961
- P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 1989
- P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010
- TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1947-1948, I, 126
- TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1990
- VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, 1974
- VIOLANTE, *Responsabilità solidale e responsabilità parziaria*, in *Danno e resp.*, 2001, 460
- VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Trattato Rescigno*, 9, Utet, 1999, 281
- VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Cedam, 1967
- VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Jovene, 1979
- VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, 2005
- VISINTINI, voce «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Ed. Enc. it., 1991, 5
- VON BAR, in *Juristenzeitung*, 1979, 729
- VON CÄMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Freiburg, 1956

VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, IV, 1861, tradotto in italiano da PROCCHI (a cura di), *Della «culpa in contrahendo». Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Jovene, 2005.

ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Giuffrè, 1993

ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Giuffrè, 1955

ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1

ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Cedam, 1994

ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Cedam, 2010, 2505

ZORZIT, *Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della cassazione*, in *Danno e resp.*, 2012, 508

INDICE CRONOLOGICO DELLE PRONUNCE

CORTE COSTITUZIONALE

- CORTE COST., 28.11.1978, n. 166, in *Giur. cost.*, 1973, II, 1795
- CORTE COST., 14.7.1986, n. 184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 534 ss. con nota di ALPA
- CORTE COST., 27.10.1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297
- CORTE COST., 21.4.2000, n. 114, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 197, con nota di MENDOLIA

CORTE DI CASSAZIONE

- CASS., 15.6.1954, n. 2016, in *Foro pad.*, 1955, I, 152
- CASS., 22.2.1958, n. 595, in *Mass. Giur. it.*, 1958
- CASS., 21.6.1960, n. 1639, in *Rep. Giur. It.*, 1960, voce «Agenzia», n. 43
- CASS., 28.4.1961, n. 961, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1248, con nota di LEGA
- CASS., 27.5.1964, n. 1316, in *Riv. dir. lav.*, 1964, II, 451
- CASS., 9.3.1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, 1040
- CASS., 29.11.1968, n. 3848, in *Foro it.*, 1969, I, 903
- CASS., sez. un., 26.1.1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 342
- CASS., 6.3.1971, n. 606, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 1564
- CASS., sez. un., 6.5.1971, n. 1282, in *Foro it.*, I, 1476
- CASS., 4.5.1972, n. 276, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745 ss., con nota di DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*
- CASS., 13.10.1972, n. 3044, in *Foro it.*, 1973, I, 1170
- CASS., 15.12.1972, n. 3616, in *Foro it.*, 1973, I, 1474 e in DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, 1995, 430 ss.
- CASS., 24.1.1973, n. 231, in *Mass. Giur. it.*, 1973
- CASS., 4.7.1974, n. 1936, in *Foro it.*, 1974, I, 3050
- CASS., 18.6.1975, n. 2439, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1389
- CASS., 21.12.1978, n. 6141, in *Giur. it.*, I, 1, 953

CASS., 5.1.1979, n. 31, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 954
 CASS., 24.3.1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, 1115
 CASS., 4.6.1979, n. 3158, in *Mass. Foro it.*, 1979
 CASS., 10.7.1979, n. 3978, in *Mass. giust. civ.*, 1979
 CASS., 13.12.1980, n. 6474, in *Vita not.*, 1981, 226.

CASS., 24.6.1982 n. 3838, in *Giust. civ. Mass.*, 1982
 CASS., 7.8.1982, n. 4437, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 78
 CASS., 22.9.1983, n. 5638, in *Mass. Foro it.*, 1983
 CASS., 4.8.1987, n. 6707, in *Foro it.*, I, 549
 CASS., 12.2.1988, n. 1530, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce «Vendita», n. 76
 CASS., 11.5.1988, n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, 604
 CASS. PEN., 7.3.1989, in *Riv. pen.*, 1990, 11
 CASS., 17.8.1990 n. 8336, in *Rep. giur. it.*, 1990, 440
 CASS., 1.2.1991, 977, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1379
 CASS. PEN., 12.7.1991, in *Foro it.*, 1992, II, 363, con nota di GIACONA
 CASS., 20.11.1991, n. 12439, in *Corr. giur.*, 2000, 902
 CASS., 3.12.1991, n. 12921, in *Mass. Giur. it.*, 1991
 CASS., 24.1.1992, n. 781, in *Mass. Giust. civ.*, 1992
 CASS., 30.12.1992, n. 13757, in *Rep. giur. it.*, 1992, 510
 CASS., 21.5.1993, n. 5778, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 755
 CASS., 8.5.1993, n. 5325, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 266
 CASS., 27.5.1993, n. 5939, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Professioni intellettuali», n. 114
 CASS., 11.2.1994, n. 1381, *Mass. Giur. it.*, 1994
 CASS., 4.5.1994, n. 4285, in *Giust. civ. Mass.*, 1994
 CASS., 23.6.1994, n. 6064, in *Foro it.*, 1995, I, 201
 CASS., 1.10.1994, n. 7989, in *Giust. civ.*, 1995, I, 137
 CASS., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913
 CASS., 11.4.1995, n. 4152, *Rep. Foro it.*, 1996, voce «Professioni intellettuali», n. 171
 CASS., 24.5.1995, n. 5658, in *Rep. giur. it.*, 1995, 17

CASS., 19.1.1996, n. 418, in *Danno e resp.*, 1996, 611, con nota di DE SIMONE

CASS., 15.1.1997, n. 364, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 573, con nota di AR. FUSARO, *Il consenso all'anestesia non si presume*

CASS., 6.3.1997, n. 2009, in *Mass. Giur. it.*, 1997

CASS., 27.7.1998, n. 7336, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 996

CASS., 7.10.1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, 3520

CASS., 1° 12.1998, n. 12195, in *Danno e resp.*, 1999, 522

CASS., 2.12.1998, n. 12233, in *Mass. Giust. civ.*, 1998

CASS., 8.1.1999, n. 103, in *Danno e resp.*, 1999, 789, con nota di DE MATTEIS

CASS., 22.1.1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, 2, I, 3332 ss., con note di DI CIOMMO e di LANOTTE; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di CARBONE; in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di DI MAJO; in *Giust. civ.*, 1999, 999, con nota di GIACALONE e in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 3, 661, con nota di FORZIATI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 334, con nota di THIENE

CASS., sez. un., 22.7.1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2, 2487

CASS., 19.5.1999, n. 4852, in *Danno e resp.*, 1999, 1104

CASS., 15.6.1999, n. 5946, in *Riv. notariato*, 2000, 136

CASS., 15.10.1999, n. 11629, in *Foro it.*, 2000, I, 1917

CASS., 23.2.2000, n. 2044, in *Giur. it.*, 2000, 2015, con nota di ZUCCARO

CASS., 24.3.2000, n. 3536, in *Danno e resp.*, 2000, 599

CASS., 2.8.2000, n. 10129, in *Mass. Giur. it.*, 2000

CASS. PEN., 28.11.2000, n. 14006, in *Ragiusan*, 2001, 305

CASS., 2.2.2001, n. 1516, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 6, 43

CASS., 16.2.2001, n. 2335, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 598

CASS. PEN., 9.3.2001, n. 9780, in *Cass. pen.*, 2002, 159

CASS., 8.5.2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 2001, 1045

CASS., 23.5.2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2504, con nota di PARDOLESI

CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota di MARICONDA, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 707, con nota di VILLA e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 355, con nota di MEOLI

CASS. PEN., 16.1.2002, n. 1585, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 737

CASS., 28.1.2002, n. 982, in *Riv. not.*, 2002, 1000

CASS., 26.2.2002, n. 2836, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1373

CASS., sez. un., 1.7.2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, 3060 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 698

CASS. PEN., sez. un., 11.9.2002, n. 30329, in *Cass. pen.*, 2002, 1224 e in *Foro it.*, 2002, II, 601

CASS., 25.9.2002, n. 13925, in *Arch. civ.*, 2004, 48

CASS., 9.4.2003, n. 5539, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1074

CASS., 4.11.2003, n. 16525, in *Foro it.*, 2004, 779

CASS., 4.3.2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45, con commenti di FEOLA e di NOCCO

CASS., 19.5.2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, 30, con nota di DE MATTEIS, e in *Dir. e giust.*, 2004, 25, con nota di ROSSETTI

CASS., 28.5.2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*

CASS., 21.6.2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, 23, con nota di DE MATTEIS e in *Corr. giur.*, 2005, 33, con nota di DI MAJO

CASS., 14.7.2004, n. 13066, *Danno e resp.*, 2005, 537

CASS., 30.7.2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395

CASS., 13.1.2005, n. 571, in *Danno e resp.*, 2005, 563

CASS., 13.1.2005, n. 583, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2186

CASS., 18.4.2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257, con nota di ROLFI, in *Resp. civ.*, 2007, 402, con nota di ZAULI e in *Dir. e giust.*, 2005, n. 27, 25, con nota di PULIATTI

CASS., sez. un., 28.7.2005, n. 15781, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 828, con nota di R. VIGLIONE e in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 797 ss., con nota di NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*

CASS., 11.11.2005, n. 22894, in *Danno e resp.*, 2006, 214

CASS., 2.1.2006, n. 1698, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 360

CASS. 14.03.2006, n. 5444, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 250, con nota di GREMIGNI FRANCINI

CASS., 6.4.2006, n. 8096, in *Rep. Foro it.*, voce «Responsabilità civile», n. 213

CASS., 19.5.2006, n. 11755, in *Danno e resp.*, 2006, 1238, con nota di NOCCO

CASS., 24.5.2006, n. 12362, in *Mass. Giur. it.*, 2006

CASS., 19.10.2006, n. 22390, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006

CASS., 13.4.2007, n. 8826, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1428, con nota di PUCELLA

CASS., 24.8.2007, n. 17958, in *Mass. Giur. it.*, 2007

CASS., 16.10.2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, 43, con nota di PUCELLA

CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 576, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2533

CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, con nota di DE MATTEIS e in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 849, con nota di GORGONI

CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 581, in *Ragiusan*, 2008, 289-290, 214

CASS., 14.2.2008, n. 3520, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 948

CASS., 31.3.2008, n. 8307, in banca dati *DeJure*

CASS., 18.9.2008, n. 23846, in *Danno e resp.*, 2009, 538, con nota di TASSONE

CASS., sez. un., 11.11.2008, n. 26972-26975, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 97, con nota di BUSNELLI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, con nota di DE MATTEIS, *ivi*, 2009, 102, con note di BARGELLI e DI MARZIO, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 38, con nota di MONATERI, in *Danno e resp.*, 2008, 788, con nota di VINCIGUERRA

CASS., 16.1.2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, 1653, con nota di BONA

CASS., 11.5.2009, n. 10743, in *Giur. it. Rep.*, voce «Sanità e sanitari», 270

CASS., sez. un., 15.7.2009, n. 16503, in *Foro it.*, 2010, 2, I, 484 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 195, con nota di PENUTI

CASS., 26.1.2010, n. 1524, in *Dir. e giust.*, 2010, 18

CASS., 26.1.2010, n. 1538, in *Resp. civ.*, 2010, 592

CASS. 9.02.2010, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2010, 685, con nota di SIMONE

CASS., 10.11.2010, n. 22837, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 486, con nota di PALMERINI

CASS., 30.3.2011, n. 7237, in banca dati *DeJure*

CASS., 14.6.2011, n. 12961, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2039, con nota di MIOTTO

CASS., 30.6.2011, n. 14405, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2525

CASS., 21.7.2011, n. 15991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 180, con nota di PUCELLA; in *Danno e resp.*, 2012, 149, con nota di NOCCO, ed *ibidem*, 507, con nota di ZORZIT

CASS., 21.7.2011, n. 15993, in *Giust. civ. mass.*, 2011

CASS., 40.4.2012, n. 6275, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 107, con nota di MUSSI

CASS., 15.5.2012, n. 7530, in banca dati *DeJure*

CASS., 21.9.2012, n. 16047, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1573, con nota di GABBANI

CASS., 9.10.2012, n. 17143, in *Dir. e giust.*, 2012, 818
CASS., 27.11.2012, n. 20996, in *Danno e resp.*, 2013, 209
CASS., 19.2.2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 367
CASS., 21.2.2013, n. 4352, in *Guida al dir.*, 2013, n. 19, 64

CORTI D'APPELLO

APP. NAPOLI, 27.7.1955, in *Rep. Giur. it.*, 1956, voce «Responsabilità civile», n. 440
APP. ROMA, 6.9.1983, in *Foro it.*, 1983, I, 2838
APP. ROMA, 17.2.1988, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 640, con nota di NARDULLI
APP. CAGLIARI, 10.4.1989, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 664
APP. BOLOGNA, 21.11.1996, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 586
APP. FIRENZE, 25.2.2009, in banca dati *Leggi D'Italia*
APP. ROMA, 26.1.2010, in banca dati *Leggi D'Italia*

TRIBUNALI

TRIB. LIVORNO, 29.5.1962, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 462
TRIB. PADOVA, 9.7.1963, in VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Cedam, 1967, 134 ss.
TRIB. NAPOLI, 1.7.1972, in *Dir. e giur.*, 1973, 302
TRIB. VERONA, 25.9.1978, in *Giur. merito*, 1979, 380
TRIB. VERONA, 4.10.1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 696, con nota di PINTO BOREA
TRIB. ROMA, 10.10.1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 337
PRET. MODENA-FINALE EMILIA, 9.7.1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1032, con nota di CARUSI
TRIB. TORINO, 16.2.1998, in *Giur. it.*, 2000, 320
TRIB. VENEZIA, 4.10.2004, in *Giur. merito*, 2005, 1033
TRIB. ROMA, 16.1.2006, n. 26553, in *Giur. it.*, 2007, 877
TRIB. MILANO, 22.4.2008, in *Danno e resp.*, 2008, 1264, con nota di BREDA
TRIB. ROVERETO, 2.8.2008, in *Danno e resp.*, 2009, 525

TRIB. BARI, 8.7.2009, in *Giur. it. Rep.*, voce «Sanità e sanitari», 86
TRIB. BOLOGNA, 27.4.2010, in banca dati *Leggi D'Italia*
TRIB. UDINE, 31.3.2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1600, con nota di GORGONI
TRIB. PRATO, 11.8.2011, in banca dati *Leggi D'Italia*
TRIB. TRIESTE, 11.10.2011, in banca dati *Leggi D'Italia*
TRIB. AQUILA, 20.1.2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 459
TRIB. MILANO, 3.2.2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 445
TRIB. MILANO, 21.2.2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1104
TRIB. AREZZO, 14.2.2013, in *Danno e resp.*, 2013, 368
TRIB. TORINO, 26.2.2013, in *Danno e resp.*, 2013, 373
TRIB. CREMONA, 19.9.2013, in *Altalex*
TRIB. VARESE, 29.11.2012, in *Danno e resp.*, 2013, 375

ALTRI ORGANI GIUDICANTI

COLL. ARB. ROMA, 21.5.1996, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1998, 293

ORGANI GIUDICANTI STRANIERI

COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, *Clark v. Gibbons*, (1967) 66 Cal. 2d 399, 412, liberamente reperibile *on line*

COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, *Berkey v. Anderson*, (1969) 1 Cal. 3d 790, 803, liberamente reperibile *on line*

ABSTRACT

La tesi affronta il complesso e delicato tema della ripartizione dell'onere probatorio del nesso di causalità nella responsabilità civile del professionista sanitario.

La ricerca si è mossa lungo due direttrici di indagine, tra loro funzionali. Anzitutto si sono illustrati i diversi approcci giurisprudenziali al tema in discussione, dedicando particolare attenzione all'orientamento fino ad oggi dominante (e condensato nella pronuncia delle sezioni unite n. 577/2008), cercando di porre in luce i profili di collisione con i principi generali in tema di responsabilità c.d. contrattuale.

In secondo luogo si è avanzata una proposta ricostruttiva orientata ad ipotizzare una soluzione unitaria in tema di ripartizione dell'onere probatorio, idonea da un lato a superare le criticità evidenziate nelle risposte fornite dalla giurisprudenza prevalente e dall'altro a recuperare coerenza con il dato positivo oggi esistente, nonché con i principi generali di riparto dell'onere della prova.

La struttura del lavoro si articola in tre parti. La prima, introduttiva, offre una ricognizione dello stato dell'arte in materia di responsabilità civile del medico, specie con riguardo alla natura, contrattuale, di tale responsabilità. In questo contesto si è dato conto della recente modifica legislativa introdotta con il cd. decreto Balduzzi, il cui richiamo espresso all'art. 2043 cod. civ. è stato interpretato dalla giurisprudenza prevalente come ininfluenza sulla natura della responsabilità da ascrivere al medico, che quindi, ad oggi, sembra potersi ricondurre ancora al paradigma contrattuale.

La seconda parte della tesi è dedicata all'analisi delle risposte che dottrina e giurisprudenza hanno offerto nel tempo allo specifico problema del riparto dell'onere probatorio del nesso di causalità tra danno lamentato dal paziente ed inadempimento del sanitario. In particolare, si sono raffrontati l'approccio tradizionale e quello consacrato dalle sezioni unite del 2008, secondo cui: «è sufficiente che il paziente alleghi un inadempimento qualificato, ovvero

astrattamente idoneo alla produzione del danno». L'orientamento inaugurato dalle sezioni unite, e non ancora sconfessato (quantomeno da un'autorità giudiziaria di pari rango), è stato analizzato nel dettaglio: in particolare, ci si è interrogati intorno all'impatto di questo nuovo indirizzo giurisprudenziale rispetto alle regole ordinarie in tema di riparto probatorio. Individuato il fondamento nel principio di vicinanza della prova, ci si è chiesti poi come si collochi tale principio nel nostro ordinamento e quali ne siano i rapporti con il dato positivo.

La terza parte della ricerca vorrebbe proporsi come ipotesi ricostruttiva. Anzitutto si è cercato di individuare la ragione dell'esistenza, sul tema, di un crocevia di soluzioni applicative tanto numerose quanto diverse tra loro. La causa è stata individuata nel particolare atteggiarsi della responsabilità da inadempimento al cospetto di un rapporto obbligatorio, quale quello di cura, che presenta *tratti peculiari* rispetto ai vincoli obbligatori tradizionalmente intesi. Tali caratteri si sono riscontrati: nell'*oggetto*, consistente nell'attività idonea a soddisfare non l'interesse ultimo del paziente (guarigione), bensì in un interesse per così dire intermedio (attività corretta) solo teleologicamente indirizzato a quello finale (il riferimento è alla tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato); nella peculiare struttura del *danno*, che in quanto molto simile, per certi versi, al danno aquiliano, ha indotto la giurisprudenza, e parte della dottrina, a mutuarne la distinzione tra *causalità materiale* e *causalità giuridica*, creando non pochi problemi di coordinamento con la particolare struttura del rapporto obbligatorio; infine, nel carattere ibrido del *comportamento richiesto al debitore*, consistente in un dovere «di prestazione» e/o «di protezione».

Ed è proprio scorta dell'analisi di tali peculiari profili, delle rispettive «variabili», e del rapporto tra questi e il dato normativo esistente, che è parso possibile giungere alla formulazione di una risposta univoca, e idonea in via generale alla soluzione del problema relativo alla ripartizione dell'onere probatorio: il ripristino della regola che pone l'onere probatorio sul nesso di causalità in capo al paziente-creditore.

L'indagine si è estesa a configurare anche la figura del danno da perdita di *chance* e l'ipotesi, prospettata da attenta dottrina, di una causalità c.d. «proporzionale», con l'avvertimento, però, che trattasi di istituti idonei ad influire esclusivamente sul *quantum* e non sull'*an* della prova della causalità, che rimane a carico del paziente.

Si è dato infine atto della plausibile necessità di adattamenti o correttivi alla disciplina ricostruita, che siano idonei a soddisfare le avvertite esigenze di *policy* legate al particolare carattere degli interessi cui il rapporto medico-paziente è informato, nonché alla naturale asimmetria tra le rispettive posizioni delle parti. Tuttavia, sul presupposto della non praticabilità di un percorso giurisprudenziale orientato in tal senso, pena l'inevitabile forzatura del dato normativo, si è suggerita l'apertura di una prospettiva *de iure condendo*, prendendo a modello la sapiente riforma in tema di responsabilità sanitaria di recente attuata nell'ordinamento tedesco.

ABSTRACT

This dissertation deals with the complex and delicate issue of allocation of the burden of proof of causation in medical liability.

The research has followed two lines of investigation, functional between them. First of all, it shows the different jurisprudential approaches to this topic, paying particular attention to the orientation that has prevailed (and summarized in the Corte di Cassazione's judgement n. 577/2008), whilst trying to highlight the conflicts with the general principles of contractual liability.

Secondly, a reconstructive proposal has been presented to shoulder a uniform solution in terms of allocating the burden of proof, suitable on one side to overcome the prevailing jurisprudence's criticality and on the other to recover consistency with the law, and furthermore, with the general principles of allocation of the burden of proof.

This study is divided in three parts. The first one, an introduction, offers a survey of the state of the art of medical liability, with particular consideration to the nature of this liability, in order to identify the relevant legal category (art. 1218 Civil Code) and the reasons that make it systematically consistent on the one hand, and appropriate on the other. In this context, an account of the recent legislative amendment introduced by Decreto Balduzzi has been given. Its reference in the article 2043 of the Civil Code has been interpreted by the prevailing jurisprudence as irrelevant to the nature of medical liability, which therefore, continues to be related to the contractual paradigm.

The second part deals with the analysis of the responses offered by doctrine and jurisprudence to the specific problem of allocating the burden of proof of a causal link between the damage alleged by the patient and doctor's non-fulfilment. In particular the traditional approach and the one anointed by Cass., sez. un., n. 577/2008 («it is sufficient that the patient adduces a qualified non-fulfilment, or theoretically apt to produce the damage») were compared. The orientation introduced by this judgment has been analysed in detail: in particular,

the impact of this new case-law with the current law. Assumed the principle of proof's proximity, the question asked was how this principle can be placed in our system and what are its relations with law.

The third part of the research wants to be a reconstructive hypothesis. First of all, the reasons that justify the existence of a crossroads of applied solutions as numerous as different from each other has been researched.

The cause was identified in the peculiar features that characterize the health-care obligation. These characters were found: in the *object*, consisting in the activity adequate not in meeting the ultimate interest of the patient (healing), but the intermediate interest (performance's accuracy) only teleologically directed to that aim (the reference is to the traditional distinction between means and result obligations); in the peculiar structure of the *damage*, which due to its similarity, in some ways, to the damage in tort law, has led the jurisprudence, and the doctrine, to borrow the distinction between natural and legal causation, creating many problems of coordination; and last in the hybrid nature of the *required behaviour of the debtor*, consisting of a "*performance*" and/or "*protection*" duty.

It is through the analysis of these unique profiles, their "variables", and the relationship between them and the current law, that it seemed possible to reach the formulation of a clear answer, suitable as a general solution to the problem relating to the allocation of the burden of proof: the restoration of the rule which places the burden of proof on causation to the patient.

The role of «loss of *chance*» damage and hypothesis of a liability's apportionment have also been taken into consideration with the *caveat*, however, these are institutions capable of influencing not the *an* of causation's proof but only the *quantum*, which remains therefore set on the patient.

Finally, act of plausible need for adjustments or corrections to the current law has been acknowledged. Such are likely to meet the perceived needs of social nature related to the particular quality of the interest, which embodies the doctor-patient relationship, as well as the natural asymmetry between the positions of the parties. However, on the assumption of no possibility for a path-oriented

jurisprudence in this direction, forcing the inevitable penalty of the law, a prospect legislative guide (*de iure condendo*) has opened, taking the health care liability reform recently implemented in Germany as example.